



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa

Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal

**A REGRA GERAL ANTI-ABUSO DA DIRECTIVA ANTI-ELISÃO FISCAL
E A POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UE EM MATÉRIA DE
ABUSO**

Catarina de Quina Fernandes

Sob a orientação do Prof. António Américo Coelho

Lisboa

23 de Maio de 2017

LISTA DE ABREVIATURAS

§	Parágrafo
Ac.	Acórdão
AG	Advogado-Geral
Al.	Alínea
Art.	Artigo
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CE	Comissão Europeia
CGAA	Cláusula Geral Anti-Abuso
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
DUE	Direito da União Europeia
EM	Estado(s)-Membro(s)
GAAR	General Anti-Abuse/Anti-Avoidance Rule
LGT	Lei Geral Tributária
N.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
P.	Página
SAAR's	Special Anti-Abuse Rules
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCA-Sul	Tribunal Central Administrativo Sul
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia

TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia
ZFM	Zona Franca da Madeira

Palavras-chave: Abuso, Directiva Anti-elisão Fiscal, ATAD, regra geral anti-abuso, CGAA, TJUE.

ÍNDICE

1. Introdução	5
2. Conceito de Abuso de Direito Fiscal no Direito da União	7
2.1. Enquadramento geral	7
2.2. Teste utilizado pelo TJUE	8
2.3. O Abuso na Fiscalidade Directa	11
2.4. Teste de proporcionalidade	16
3. A Directiva anti-elisão fiscal	19
3.1. Introdução	19
3.2. Âmbito	20
4. A regra geral anti-abuso da Directiva	23
4.1. Introdução	23
4.2. Condições de Aplicação	25
4.2.1. Existência de montagens ou série de montagens	26
4.2.2. Elemento Subjectivo	27
4.2.3. Elemento Objectivo	28
4.2.4. Não Genuinidade das Montagens	29
4.3. Consequências da aplicação da CGAA	30
4.4. Impacto da CGAA e da respectiva transposição	31
4.5. Impacto no ordenamento jurídico português	36
4.5.1. A CGAA portuguesa	36
4.5.2. A aplicação da CGAA pela jurisprudência portuguesa	38
4.5.3. Considerações finais	44
5. Conclusão	46
6. Bibliografia	48
7. Jurisprudência	50
8. Conclusões de Advogados-Gerais	52
9. Documentos Oficiais	52

1. INTRODUÇÃO

Os EM têm combatido a elisão fiscal pela distorção que esta provoca na distribuição da carga fiscal, bem como pelo facto de colocar em causa a própria coerência dos sistemas fiscais, os quais assentam num princípio de distribuição de riqueza.

COURINHA¹ reconduz o conceito de elisão fiscal ao “*planeamento fiscal abusivo, ou seja, a actuação planeada do contribuinte que se traduz num comportamento aparentemente lícito, geradora de uma vantagem fiscal não admitida no ordenamento tributário*”, em que “*embora a conduta não seja contrária à lei, o resultado obtido não é admitido*”. Ou seja, estamos perante elisão fiscal quando os actos praticados são lícitos, mas a prática dos mesmos permite obter uma vantagem fiscal que é no entanto considerada abusiva, violando o espírito da lei².

Este combate à elisão fiscal acentuou-se com a crise financeira que teve início em 2008 e com a consequente necessidade de assistência financeira aos Estados³, bem como pelos escândalos ligados a grandes multinacionais que contribuíram para o aumento da pressão da opinião pública relativamente a esta matéria.

Foi neste contexto que, ao longo dos últimos anos, ocorreram alguns desenvolvimentos no seu combate ao nível da União. Assim, foi aprovada a Recomendação da Comissão aos Estados relativa ao planeamento fiscal agressivo⁴, tendo ficado expresso nas Conclusões do Conselho Europeu de 18 de Dezembro de 2014, ser “*urgentemente necessário progredir na luta contra a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo, tanto a nível mundial como da UE*”⁵. Desde então, a Comissão iniciou conversações no sentido de tomar uma posição concreta e concertada entre os 28 EM, na esteira do projecto BEPS⁶ apresentado pela OCDE.

¹ COURINHA, Gustavo L., *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, Almedina, 2009, p. 15-19.

² Segundo FREITAS PEREIRA, in *Fiscalidade* “(...) a diminuição dos impostos a pagar efectua-se através do que se designa por **evasão fiscal** (“*tax avoidance*”) e que outros apelidam de elisão fiscal, que se traduz na prática de actos ou negócios lícitos mas que a lei fiscal qualifica como não sendo conformes com a substância da realidade económica que lhes está subjacente ou serem anómalos, anormais ou abusivos”, Almedina, 2014, p. 447-448.

³ LYONS, T., *The Financial Crisis, Tax Avoidance and an EU GAAR*.

⁴ Recomendação da Comissão de 6.12.2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo, C (2012) 8806 final, segundo a qual: “Para contrariar as práticas de planeamento fiscal agressivo que estejam fora do âmbito de aplicação das suas normas específicas para lutar contra a evasão fiscal, os Estados-Membros devem adoptar uma regra geral antiabuso adaptada às situações nacionais e além-fronteiras que apenas digam respeito à União e sempre que países terceiros estejam envolvidos”.

⁵ Conclusões do Conselho Europeu de 18 de Dezembro de 2014, EUCO 237/14.

⁶ Projecto contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros, apresentado pelo G20 e pela OCDE.

Neste sentido, a Comissão apresentou a 17 de Junho de 2015 um “*Plano de Acção para uma tributação das sociedades justa e eficaz*”, no âmbito do qual surgiu a proposta da Directiva Anti-elisão Fiscal⁷ aprovada a 12 de Julho de 2016 (ATAD).

Com a aprovação da ATAD, que deverá ser transposta pelos EM até 31 de Dezembro de 2018, pretendeu-se criar medidas que permitam uma acção coordenada contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros ao nível da União, dado que uma aplicação unilateral e divergente de medidas desta natureza por cada EM poderia fragmentar o mercado único, criando conflitos entre políticas nacionais, bem como distorções e obstáculos fiscais para as empresas da UE. Poderia ainda dar origem a lacunas e assimetrias, susceptíveis de serem exploradas pelas empresas, a fim de evitarem a tributação.

Revela-se, pois, essencial para o funcionamento do mercado interno que as medidas do BEPS sejam transpostas para os sistemas nacionais de forma coerente. A existência de medidas nacionais que sigam o mesmo fio condutor trará com certeza maior segurança jurídica aos contribuintes quanto à compatibilidade dessas medidas com o Direito da União⁸.

Assim, de modo a acautelar os aspectos acima referidos, numa tentativa de harmonizar as regras anti-abuso existentes na União, a Directiva prevê a implementação pelos EM de uma regra geral anti-abuso comum.

A presente dissertação tem como objectivo proceder à sua análise, à luz do que tem sido o entendimento do TJUE em matéria de abuso no âmbito da fiscalidade directa. Para o efeito, faremos uma incursão pelo conceito de abuso de Direito Fiscal no seio da UE, analisando de seguida o âmbito da Directiva Anti-elisão Fiscal. Por último, atentaremos nas condições de aplicação da CGAA, bem como do seu possível impacto no seio da União e, especificamente, no ordenamento jurídico português.

Esta dissertação não pretende distinguir a CGAA de figuras afins, nem abordar as teorias explicativas do abuso de direito fiscal, nem da CGAA.

Adverta-se o leitor de que todos os acórdãos referidos provêm do TJUE, salvo referência em contrário.

⁷ Directiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de Julho de 2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência directa no funcionamento do mercado interno.

⁸ Considerando n.º 2 da Directiva.

2. CONCEITO DE ABUSO DE DIREITO FISCAL NO DIREITO DA UNIÃO

2.1. Enquadramento geral

O princípio da certeza jurídica é um aspecto essencial na aplicação da lei, devendo as regras fiscais ser conhecidas e previsíveis⁹. Deste modo, deve ser possível ao contribuinte escolher as alternativas fiscais que lhe são mais favoráveis, podendo beneficiar de uma vantagem fiscal para a qual seja elegível nos termos da lei. Este princípio da certeza jurídica é, contudo, afastado nos casos em que exista abuso, caso em que o indivíduo não poderá socorrer-se do argumento da previsibilidade da lei.

Perante este cenário, tentar equilibrar o princípio da certeza jurídica, o direito a escolher o regime fiscal mais favorável e a necessidade de combater a elisão fiscal, nem sempre é fácil.

Assim, o desenvolvimento do conceito de abuso de direito foi potenciado na UE através da jurisprudência do TJUE, devido à inexistência de normas anti-abuso adequadas, não obstante não existir uma expressa proibição geral do abuso nas disposições dos Tratados fundadores da União.

A primeira referência surge em *Van Binsbergen*¹⁰, no âmbito da livre prestação de serviços.

Com efeito, apesar de nunca mencionar o termo abuso, o tribunal refere que a elisão de normas nacionais obtida através de um recurso artificial ou anómalo das liberdades fundamentais não é admissível.

A partir desta decisão, a proibição do abuso começou a ser aplicada à liberdade de estabelecimento, generalizando-se às restantes liberdades e começando a ser perspectivada como um verdadeiro princípio geral^{11 12}.

⁹ WEBER, D., *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of ECJ – Part 1*, European Taxation, 2013, p. 251.

¹⁰ Ac. *Van Binsbergen*, Proc. C-33/74.

¹¹ NOGUEIRA, in *Abuso de Direito em Fiscalidade Directa – A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*, Revista da FDUP, Coimbra Editora, 2009, p. 244.

¹² No caso *Kofoed*, proc. C-321/05, o tribunal mencionou que a disposição da Directiva fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções “reflete o princípio geral do direito comunitário de que o abuso de direito é proibido” (§ 38 do Acórdão). Após este Ac., tornou-se clara a proibição do abuso enquanto princípio geral da União, como refere WEBER, in *ob. cit.*, pp. 262-263.

Em face dos desenvolvimentos que esta matéria teve, actualmente, é jurisprudência estável¹³ que um sujeito passivo não pode valer-se da invocação do direito comunitário para a salvaguarda de condutas abusivas. Com efeito, “*um Estado-Membro tem o direito de tomar medidas destinadas a impedir que, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, alguns dos seus nacionais tentem subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional, e que os particulares não poderão, abusiva ou fraudulentamente, prevalecer-se das normas comunitárias*”¹⁴.

Por outro lado, apesar de os EM manterem a sua competência em matéria fiscal, devem no entanto exercê-la respeitando sempre o DUE¹⁵, dado que as liberdades fundamentais previstas nos Tratados não podem ser postas em causa por disposições internas.

Nesta medida, tendo o TJUE a função de salvaguarda das liberdades fundamentais previstas nos Tratados, é chamado a pronunciar-se acerca da compatibilidade das normas internas dos EM com o DUE, mas também a indicar critérios segundos os quais é possível aos tribunais nacionais aferir se essas mesmas liberdades estão a ser utilizadas de forma abusiva.

Assim, o conceito de abuso de direito fiscal tem sido desenvolvido pelo TJUE, através da sua jurisprudência, recebendo influências dos diferentes EM. Não obstante, revela-se difícil determinar se uma norma anti-abuso é compatível com o DUE, visto que não existiu, até à data, uma definição de norma anti-abuso comunitária, nem um conceito de abuso completamente definido.

2.2. Teste utilizado pelo TJUE

Para aferir se uma situação é abusiva à luz do DUE, o TJUE tem-se baseado no teste utilizado em *Emsland-Starke*¹⁶, o qual exige a existência de um conjunto de circunstâncias objectivas das quais se infere que o objectivo prosseguido pela legislação comunitária não foi cumprido e a intenção subjectiva de abuso, que consiste na vontade de obter um benefício previsto na legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção.

¹³ § 50 das conclusões da AG de 15 de Fevereiro de 2007 no proc. *Comissão vs Grécia*, C-178/05 e jurisprudência citada: Ac. *Centros*, C-212/99; Ac. *Agip Petroli*, C-456/04; Ac. *Halifax*, C-255/02; e *Cadbury Schweppes*, C-196/04.

¹⁴ Ac. *Centros*, Proc. C-212/97.

¹⁵ § 21 do Ac. *Schumacker*, Proc. C-279/93, o qual faz referência ao Ac. *Comissão v. Reino Unido*, C-246/89.

¹⁶ Ac. *Emsland-Starke*, Proc. C-110/99.

Este teste foi transposto para o âmbito do Direito Fiscal.

Foi através do caso *Halifax*¹⁷, em matéria de tributação indirecta, que se reconheceu, pela primeira vez, o princípio de proibição do abuso do Direito em termos comunitários no campo do Direito Fiscal. Neste acórdão, o TJUE refere que para estarmos perante uma situação abusiva, têm de estar preenchidos dois elementos. Por um lado, o elemento subjectivo, que se configura pela finalidade das operações em causa ser unicamente a obtenção da vantagem fiscal¹⁸ e, por outro, o elemento objectivo, que decorre do facto de a obtenção dessa vantagem fiscal ser contrária ao objectivo prosseguido pela legislação comunitária¹⁹.

Só mais tarde, com *Cadbury Schweppes*²⁰, é que surgiu a consagração deste princípio na tributação directa, introduzindo-se o conceito de “*artificialidade*”, i.e., a criação artificial de condições para que a operação em causa esteja abrangida pelo Direito comunitário.

Refere o TJUE a este respeito que, para estarmos perante “*expedientes puramente artificiais*”, além de um elemento subjectivo, que consiste na intenção de obter uma vantagem fiscal, tem de ser possível demonstrar através de elementos objectivos que, apesar do cumprimento dos requisitos previstos pelo direito comunitário, o objectivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento não tenha sido atingido²¹.

Assim, o abuso comunitário define-se como uma situação em que, apesar do cumprimento formal da legislação comunitária, o objectivo da mesma não é prosseguido, em que há uma vantagem conseguida através da criação artificial das condições para se estar na situação abrangida pelo Direito. Uma prática é abusiva quando não existem “*motivos económicos válidos*”, situação em que se verifica a utilização de um expediente meramente artificial.

Embora o TJUE defina os contornos da figura de abuso de Direito, a apreciação do caso concreto e o reconhecimento de que se trata de uma situação abusiva cabe aos EM, através da aplicação das suas disposições nacionais anti-abuso.

¹⁷ Ac. *Halifax*, já cit., no qual o TJUE reconheceu o direito de um Estado-Membro aplicar disposições destinadas a impedir que um direito conferido por um Tratado seja utilizado de forma a que um sujeito passivo consiga evadir-se das disposições que lhe sejam aplicáveis.

¹⁸ § n.º 75 do ac. cit.

¹⁹ § n.º 74 do ac. cit.

²⁰ Ac. *Cadbury Schweppes*, já cit.

²¹ § 64 do acórdão citado, no qual se remete para os ac. *Emsland-Starke*, §§ 52 e 53, e *Halifax* §§ 74 e 75.

Como refere NOGUEIRA²², tem-se assistido a uma uniformização da linguagem do TJUE relativamente à noção de abuso, o que se revela positivo, dada as diferenças entre as legislações dos 28 EM e os conceitos empregues pelas mesmas. Tal é visível pelo simples facto de que uma certa operação “*num ordenamento é (claramente) evasão, noutros pode ser um mero expediente de planeamento fiscal (legítimo)*”, o que implica que certas transacções que envolvam mais do que um EM possam ser requalificadas apenas num dado EM, em virtude do facto de este ter um conceito de abuso mais estrito do que o vigente nos restantes envolvidos nessas transacções.

Daí a importância de unificação no mercado da União, de forma a trazer mais igualdade, coerência e segurança jurídica para os contribuintes.

Nesta senda, importa conhecer o alcance dos dois elementos que o TJUE utiliza para aferir a presença, ou não, de uma situação abusiva:

i) Elemento objectivo

Existirá abuso quando, apesar da verificação dos requisitos formais necessários para despoletar a aplicação de determinada disposição, a situação fáctica não se enquadre no âmbito teleológico dessa regulamentação, ou seja, nos objectivos prosseguidos pela regulamentação.

O tribunal descreve esta situação como um caso em que se dá uma contradição entre os objectivos prosseguidos pelo particular e os objectivos prosseguidos pela regulamentação comunitária.

Primeiramente, há que determinar quais os objectivos prosseguidos pela regulamentação em causa. Em segundo lugar, deve-se determinar se a situação fáctica em análise se integra dentro dessas situações. Caso a resposta seja negativa, este pressuposto encontra-se preenchido.

ii) Elemento subjectivo

O tribunal descreve o teste subjectivo em *Emsland-Starke* como a intenção de obter uma vantagem fiscal através da criação de condições artificiais.

Como refere NOGUEIRA, a designação “*elemento subjectivo*” é equívoca e deve ser entendida com alguma precaução, dado que não se trata de demonstrar a mera intencionalidade

²² NOGUEIRA, *in* obra já citada, p. 234-237.

do agente²³. Ao invés, pretende-se antes determinar se a conduta do sujeito passivo visa a obtenção de uma posição de vantagem que não foi prevista para si, e que esta foi conseguida através de artificialismos. Tal artificialismo deve ser aferido através de elementos objectivos que permitiam chegar a uma conclusão sobre a intenção do sujeito, mas não se exige a demonstração das “*obscuras intenções subjectivas das partes*”²⁴.

Importa referir que a mera utilização das possibilidades conferidas pelo DUE não pode por si só constituir suspeita de abuso. Para aferir se estamos perante uma prática abusiva, há que analisar as circunstâncias e as provas como um todo, cabendo ao órgão jurisdicional nacional a verificação dos pressupostos para a existência de uma prática abusiva, desde que a eficácia do DUE não seja posta em causa.

2.3. O Abuso na Fiscalidade Directa

As directivas em matéria tributária, contrariamente aos textos fundadores da União, sempre demonstraram alguma preocupação em prevenir as situações abusivas²⁵. Contudo, só nas versões mais recentes da Directiva “Mães-Afiliadas” foi introduzida uma regra anti-abuso.

No que respeita ao Direito originário, apesar de o TFUE não conter nenhum dispositivo sobre a conformação dos sistemas internos de tributação directa, as liberdades fundamentais são utilizadas como critérios de aferição da compatibilidade das normas tributárias internas com o DUE.

Como já referido *supra*, a introdução do abuso na fiscalidade directa é normalmente atribuída a *Cadbury-Schweppes*. Desde então, o tribunal tem vindo a fazer a sua análise de

²³ NOGUEIRA, in ob. cit., p. 250: “Do que se trata aqui não é de demonstrar elementos volitivos internos ou verificar a mera intencionalidade. Se assim fosse, a demonstração do abuso tornar-se-ia quase impossível e converter-se-ia em probatio diabólica”.

²⁴ POIARES MADURO, nas suas Conclusões ao caso *Halifax*, refere que “a natureza artificial de certos acontecimentos ou operações deve logicamente ser determinada com base num conjunto de circunstâncias objectivas verificadas em cada caso particular (...). A intenção das partes obterem ilegitimamente uma vantagem do direito comunitário pode simplesmente ser inferida do carácter artificial da situação a apreciar à luz de um conjunto de circunstâncias objectivas. Se se provar que a pessoa que invoca o sentido literal de uma norma de direito comunitário para reivindicar um direito que se opõe aos seus próprios fins não merece que esse direito seja protegido”.

²⁵ Directiva 90/434 relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-membros diferentes, reformulada em 2009; Directiva 90/435 relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes, reformulada em 2011, revista em 2014 e 2015; Directiva 2003/49 relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados-membros diferentes, cuja reformulação está pendente

compatibilidade de normas internas com as liberdades fundamentais, através da seguinte estrutura que conta com quatro fases:

- i) da esfera de protecção
- ii) da ingerência
- iii) da justificação
- iv) da proporcionalidade

Importa referir que a questão da “*fraude*”, “*evasão*” ou “*práticas abusivas*”, que tem sido predominantemente considerada no terceiro momento, como justificação para uma restrição a uma liberdade fundamental, não era inicialmente aceite como uma justificação válida pelo TJUE, *i.e.*, como um motivo que pudesse justificar uma ingerência por um EM a uma liberdade concedida pelos Tratados.

Como refere NOGUEIRA²⁶, o “*risco de evasão fiscal*” apenas começou a ser considerado como um “*motivo imperioso de interesse geral*” a partir do acórdão ICI²⁷. Não obstante, a existência de normas ingerentes com base nessa justificação apenas seria admitida se estas tivessem como “*objectivo específico excluir de um benefício fiscal os expedientes meramente artificiais cuja finalidade era contornar a lei fiscal*”. Esta justificação, ainda sem qualquer referência à noção de abuso, foi-se generalizando na jurisprudência do tribunal.

O ponto de viragem e de consagração do abuso na fiscalidade directa dá-se com *Cadbury-Schweppes*²⁸. O caso versava sobre uma norma britânica em matéria de sociedades estrangeiras controladas que estabelecia que os lucros gerados por sociedades estrangeiras controladas, situadas em territórios com um “*nível de tributação inferior*” e dominadas em mais de 50% por um residente, poderiam ser imputados a esse residente. Este regime não era aplicado nas situações em que as transacções não tivessem como um dos principais objectivos o da diminuição do imposto a pagar no Reino Unido e, adicionalmente, que a existência da sociedade estrangeira controlada não visasse um “*desvio de lucros*”.

²⁶ NOGUEIRA, *in* obra já citada, p. 267.

²⁷ Ac. ICI, Proc. C-264/96.

²⁸ § 23 do ac. já citado, no qual o órgão jurisdicional de reenvio “*pergunta se, ao constituir sociedades noutros Estados-Membros e ao dotá-las de capitais apenas com o objectivo de beneficiar de um regime fiscal mais favorável do que o que se encontrava em vigor no Reino Unido, a CS utilizou abusivamente as liberdades instituídas pelo Tratado CE*”.

O tribunal reconheceu explicitamente a aplicabilidade do “*abuso do direito*” na fiscalidade directa²⁹, verificando que a norma em apreço constituía uma restrição à liberdade de estabelecimento, tendo procedido à análise de uma possível justificação para a mesma.

Refere o tribunal que uma restrição para ser “*justificada por motivos de luta contra práticas abusivas, o objectivo específico de tal restrição deve ser o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de iludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional*”.

O tribunal refere ainda que os “*expedientes puramente artificiais*” se verificam quando “*(...) para além de um elemento subjectivo que consiste na intenção de obter uma vantagem fiscal, (...) resulte de elementos objectivos que, pese embora o respeito formal dos requisitos previstos pelo direito comunitário, o objectivo prosseguido pela liberdade de estabelecimento (...) não foi atingido*”³⁰, devendo ser dado ao contribuinte a possibilidade de fazer prova de que as condições objectivas e subjectivas do abuso não se encontram cumpridas.

Em relação ao “*elemento intencional*”, o tribunal esclareceu que o facto de a criação de estabelecimentos secundários ter na sua base motivos fiscais, não é suficiente para se considerar cumprido esse elemento. O facto de se recorrer às liberdades fundamentais com o objectivo de se obterem benefícios/poupança fiscal não pode ser à partida considerado como um indício de abuso. O preenchimento do elemento intencional supõe a apreciação de outros critérios, os quais não foram, contudo, desenvolvidos pelo tribunal.

No que se refere ao elemento objectivo, não existirá artificialidade quando a criação de estabelecimento tenha uma “*realidade económica*”³¹ e quando “*corresponder a uma implementação real que tem por objectivo a realização de actividades económicas efectivas no Estado-Membro de acolhimento*”³². O tribunal dá algumas orientações sobre como deverá ser comprovada a artificialidade ou não artificialidade - “*através de elementos objectivos e*

²⁹ §35 “ (...) os nacionais de um Estado-Membro não podem, com base nas facilidades criadas em virtude do Tratado, tentar subtrair-se abusivamente à aplicação da sua legislação nacional. Os mesmos não podem tirar partido, abusiva ou fraudulentamente, das normas comunitárias”.

³⁰ § 64 do ac. cit.

³¹ § 65 do ac. cit.

³² § 66 do ac. cit.

comprováveis por terceiros, relativos especialmente ao grau de existência física da SEC em termos de instalações, de pessoal e de equipamentos”³³.

Abordada a questão das justificações, importa ainda saber se a norma restritiva passa o controlo da proporcionalidade. A esse respeito, o tribunal refere que o exame não se basta com a apreciação da artificialidade, sendo ainda necessário “*apreciar se a restrição à liberdade de estabelecimento que decorre da legislação relativa às SEC pode ser justificada por motivos de luta contra expedientes puramente artificiais e, sendo caso disso, se se revela proporcionada à luz desse objectivo*”³⁴. Assim, a questão da incompatibilidade acaba por ser decidida no âmbito do controlo de proporcionalidade, quando se afere se a medida é adequada e necessária para o combate às práticas abusivas.

Como é regra, a decisão final foi remetida para o órgão jurisdicional de reenvio, cabendo-lhe verificar se, com o “*teste da intenção*”, era possível limitar o âmbito de aplicação da legislação nacional ao necessário para combater os “*expedientes puramente artificiais*”. Essa remissão deriva do facto de a presença de abuso dever ter de ser aferida tendo em consideração elementos objectivos, não competindo ao TJUE essa observação. Tal resulta naturalmente num aumento da margem de incerteza.

Ora, dado que a aferição do abuso é feita de forma casuística, a forma como o abuso poderá ser utilizado no futuro é bastante inconsistente. A não existência de comunhão nos critérios de aferição do abuso justifica-se pelos diferentes assuntos tratados pelo tribunal com relevância em matéria fiscal. Dado que o ponto essencial para a definição do abuso consiste na análise das finalidades prosseguidas pela legislação comunitária em relação à qual o abuso é alegado, é natural que surjam várias decisões com diversos critérios utilizados.

Contudo, o tribunal tem mantido a mesma estrutura nas suas conclusões:

1 - No âmbito da liberdade de estabelecimento, o tribunal tem entendido que uma restrição apenas será justificada por “*motivos de luta contra práticas abusivas*” quando tenha por objectivo específico o de “*impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de iludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas no território nacional*”³⁵.

³³ § 67 do ac. a que nos temos vindo a referir.

³⁴ § 57 do ac. citado.

³⁵ § 74 do ac. *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04 e jurisprudência aí citada.

2 - O tribunal refere igualmente que o facto de se recorrer a uma faculdade/liberdade garantida por um Tratado, não pode gerar uma presunção geral de práticas abusivas.

No que respeita aos critérios de aferição, estes mantêm-se os mesmos que os adoptados em *Emsland-Starke*, exigindo-se que se verifique: i) o elemento subjectivo, traduzido na vontade de obter uma vantagem fiscal; ii) e uma desconformidade entre a observância formal dos requisitos e o objectivo prosseguido pela liberdade em questão, pela utilização dos chamados “*expedientes puramente artificiais*”, devendo ser evidente através da observação de circunstâncias objectivas que não existe um estabelecimento genuíno e que não existe actividade económica efectiva.

Importa referir que o tribunal não dá grande relevância ao primeiro elemento, pois o exame não se centra em elementos psicológicos do sujeito passivo, mas antes na verificação do facto de a conduta do agente se dirigir à obtenção de uma vantagem fiscal. De notar que essa vantagem não pode ser a vantagem obtida pela mera consequência do exercício de uma liberdade fundamental, pois o exercício de uma liberdade conferida pelos Tratados não pode nunca ser classificada como abuso.

Nas palavras de NOGUEIRA, apenas releva a “vantagem fiscal” ilegítima, uma “*vantagem que não seja o mero corolário lógico do exercício de uma liberdade fundamental*”³⁶.

No que respeita ao segundo requisito, o da discordância entre o objectivo prosseguido pelo sujeito passivo e a finalidade prosseguida pela liberdade fundamental em causa, o tribunal exige que para haver abuso de uma norma, a legislação subjacente tem de visar especificadamente o combate a expedientes puramente artificiais e tem de ser adequada e necessária a esse combate.

O tribunal descreve os “*expedientes puramente artificiais*” como expedientes “*desprovidos de realidade económica e criados unicamente com o objectivo de eludir o imposto normalmente devido pelos lucros gerados por actividades realizadas em território nacional*”³⁷.

A expressão “*actividade económica efectiva*” é utilizada pelo TJUE para aferir a presença ou não de artificialidade, não dando, contudo, grandes indicadores através dos quais a actividade deve ser aferida – o tribunal fala apenas no “*critério da presença física suficiente*” – segundo o qual devem ser consideradas abusivas as sociedades cujos edifícios, maquinaria ou

³⁶ NOGUEIRA, *in ob. cit.*, p.275.

³⁷ § 64 do ac. *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, C-303/07, e jurisprudência aí citada.

área de implementação seja manifestamente insuficiente para a realização das actividades que constam do fim social.

NOGUEIRA³⁸ avança com exemplos de critérios para a verificação da actividade económica, como a existência de empregados locais suficientes, a existência de uma conta bancária local com actividade efectiva, a existência de registos de gastos proporcionais à actividade alegada, a coincidência entre o local da actividade e a residência dos administradores, entre outros.

Como aponta NOGUEIRA, este critério da actividade económica efectiva é frágil, dado que pode existir actividade efectiva, sem que todas as operações sejam necessariamente válidas. Assim, para os ramos de actividade em que não se exigem fortes índices de presença física, a actividade económica efectiva deve ser aferida por indicadores de genuinidade próprios desse ramo de actividade.

Por último, o TJUE remete para o tribunal nacional o exame da existência do “*expediente artificial*”, devendo ser dada ao contribuinte a possibilidade de demonstrar as razões económicas válidas por detrás das suas operações³⁹, sendo que essa prova nunca deve implicar formalidades administrativas excessivas.

2.4. Teste de proporcionalidade

Quando a regra nacional se encontra justificada, há que passar ainda pelo teste da proporcionalidade, de modo a aferir se a mesma excede o necessário ao seu objectivo. Como refere HILLING⁴⁰, “*the nature, extent and duration of the law must be proportional to the end which the law aims to attain*”.

Só recentemente é que o TJUE começou a dar mais destaque a este princípio, dado que o tribunal tem estado mais predisposto a aceitar justificações para as regras nacionais restritivas.

Em *Leur Bloem*⁴¹, o tribunal refere que uma regra de carácter geral não pode excluir automaticamente certas categorias de operações de uma vantagem fiscal, havendo ou não efectivamente evasão fiscal, por ultrapassar o necessário.

³⁸ NOGUEIRA *in ob, cit.*, p. 277.

³⁹ § 82 do ac. *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, já citado.

⁴⁰ HILLING, M., *Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance*, 41, *Intertax*, n.º 5, 2013, p. 302.

⁴¹ § 44 do Ac. Proc. C-28/95.

No caso *SIAT*,⁴² o TJUE faz várias considerações relativamente às condições que uma regra nacional deve preencher de modo a ser considerada proporcional.

Ora, neste processo, a norma anti-abuso belga previa a não dedutibilidade dos pagamentos de serviços adquiridos a uma entidade não residente, nos casos em que a entidade não residente não estivesse sujeita, no EM em que tem a respectiva sede, a um imposto sobre os rendimentos ou, estando sujeita, beneficiasse de um regime de tributação claramente mais vantajoso do que na Bélgica. A dedução seria, contudo, permitida, caso o contribuinte fizesse prova de que essas remunerações correspondiam a operações reais e genuínas e que não excediam os limites normais.

O tribunal entendeu que esta norma constituía uma restrição à liberdade de prestação de serviços, sendo, contudo, justificada.

Relativamente ao teste da proporcionalidade, o tribunal considerou que exigir ao contribuinte prova de que as transacções em causa são genuínas e apropriadas e que a compensação não excedeu os níveis normais, era compatível com o princípio da proporcionalidade, concluindo que a legislação em causa “*é adequada para alcançar os objectivos da prevenção da fraude e evasão fiscais, da salvaguarda da eficácia dos controlos fiscais e da repartição equilibrada do poder de tributação entre os Estados Membros*”⁴³.

Contudo, no que respeita ao critério da previsibilidade, o tribunal entendeu ser impossível determinar o âmbito de aplicação da norma com precisão suficiente⁴⁴, referindo que os seus requisitos não cumpriam com o princípio da certeza jurídica, dado que a regra especial em apreço “*impõe ao contribuinte belga que justifique sistematicamente a realidade e a genuinidade de todas as prestações, bem como a prova da normalidade das remunerações correspondentes, não estando a Administração obrigada a fornecer nem sequer indícios de prova de fraude ou evasão fiscais*”⁴⁵.

Reforçando ainda o tribunal que as exigências de certeza e segurança jurídicas na União determinam que “*as regras de direito sejam claras, precisas e previsíveis nos seus efeitos, em especial quando podem ter sobre os indivíduos e as empresas consequências desfavoráveis*”⁴⁶.

⁴² Ac. *SIAT*, Proc. C-318/10.

⁴³ § 48 do ac. *supra* citado.

⁴⁴ Entendeu o tribunal neste caso que a referência a “*regime de tributação claramente mais vantajoso*” não é suficientemente precisa para o TJUE.

⁴⁵ § 55 do ac. cit.

⁴⁶ § 58 do ac. cit.

Devido à falta de clareza quanto à sua aplicabilidade, o tribunal considerou que esta norma não cumpria com os requisitos do princípio da certeza jurídica e, como tal, não pode ser considerada proporcional (em sentido contrário, veja-se WEBER⁴⁷).

Este foi o primeiro caso em que a certeza jurídica foi referida como parte do teste de proporcionalidade, não sendo habitual esta ligação.

A inclusão da aferição da certeza jurídica no teste pode ser explicada pela dificuldade do tribunal em saber se a regra excedia ou não o necessário para atingir os objectivos a que se propunha, dado o seu objecto não ser totalmente claro.

Contudo, na opinião de HILLING⁴⁸, tal facto deve-se a uma tendência na interpretação deste princípio seguida noutras áreas do DUE, onde o princípio da proporcionalidade tem sido complementado com exigências de certeza e transparência jurídicas.

Neste sentido, podemos esperar que esta decisão tenha impacto nas disposições anti-abuso nacionais, podendo ser considerado que as mesmas não cumprem com o princípio da proporcionalidade por serem imprecisas ou pouco claras.

Dado que a previsibilidade requerida pelo TJUE é agora parte do teste de proporcionalidade, os legisladores dos EM deverão ter alguma cautela e procurar cláusulas específicas, referindo quais os tipos de montagens que não serão aceites e quais as consequências fiscais que poderão sofrer. Se o critério dos arranjos artificiais estiver preenchido, deverá ser dada a possibilidade aos contribuintes de afastar essa aplicação da norma anti-abuso.

Não obstante, ter regras que permitam uma análise do caso concreto, ao mesmo tempo que sejam previsíveis e fáceis de aplicar pode-se mostrar uma tarefa complicada.

Na visão de HILLING, será expectável que o TJUE nas suas futuras decisões tome em consideração o esforço do legislador em atingir a previsibilidade, sem comprometer a

⁴⁷ WEBER, D., in *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of ECJ – Part 2*, European Taxation, 2013, discorda da posição do tribunal, entendendo que “when a taxpayer makes use of an appreciably more advantageous regime, this provides initial proof that abuse is present and, consequently, the burden should shift to the taxpayer to give proof to the contrary. The author also points out that the Belgian rule is only applicable if there is an appreciably more advantageous foreign regime. This will only be the case in exceptional situations and, thus, not in every situation. (...) The fact that the “appreciably more advantageous foreign regime” test cannot be sufficiently determined beforehand because it can only be established on a case-by-case basis does not, in the author’s view, render it contrary to the principle of legal certainty”, p. 317.

⁴⁸ HILLING, in ob. cit., p.304.

efectividade da lei. Daí que, se for necessário um certo grau de “*vagueness*” para que a norma seja efectiva, o tribunal poderá permiti-la⁴⁹.

Grande parte da jurisprudência em matéria de fiscalidade directa não harmonizada refere-se a problemas na configuração das cláusulas anti-abuso. Trata-se de um dos domínios que mais problemas tem suscitado, dada a constante violação das liberdades consagradas nos Tratados que tem resultado em sucessivas condenações dos EM, por muitas das regras anti-abuso não serem proporcionais ao seu objectivo.

Ora, a adopção de instrumentos de harmonização das normas internas em matéria anti-abuso será benéfica para a eliminação destes problemas que dificultam a planificação de operações económicas ao nível comunitário, colocando em causa a coerência do mercado único.

Os EM saberão em que medida poderão legislar, sem colocar em causa as liberdades fundamentais e os contribuintes poderão saber até que ponto as suas escolhas fiscais poderão ser asseguradas, o que traz uma maior segurança jurídica e igualdade no seio da União.

Feita a análise aos contornos do abuso no entendimento do TJUE importa agora debruçarmo-nos sobre a Directiva Anti-elisão Fiscal e, mais concretamente, sobre a CGAA.

3. A DIRECTIVA ANTI-ELISÃO FISCAL

3.1. Introdução

Na União, a matéria de tributação das sociedades era regulada por um conjunto de cinco Directivas⁵⁰, que derivam do início da implementação do mercado único.

Na falta de uma iniciativa concertada no campo da tributação directa, cada Estado reagiu isoladamente ao fenómeno da erosão da base tributável e ao desvio dos rendimentos para zonas de baixa ou nula tributação.

⁴⁹ *Idem*, p. 304.

⁵⁰ Directiva 90/434, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-membros diferentes, reformulada em 2009; Directiva 90/435, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados-membros diferentes, reformulada em 2011, revista em Julho de 2014 e Janeiro de 2015; Directiva 2003/49, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados-membros diferentes, cuja reformulação está pendente; Directiva 2010/24 relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas; Directiva 2011/16, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, a qual já sofreu três revisões desde 2014.

Para combater a evasão fiscal, a Comissão propôs a ATAD, com o objectivo de harmonizar as regras dos EM, em sintonia com as recomendações da OCDE. A adopção da ATAD representa um novo alicerce na política fiscal da UE.

A ATAD é composta por um conjunto de medidas juridicamente vinculativas destinadas a: (i) reduzir a dedução de juros dedutíveis (art. 4.º); (ii) regular a tributação à saída (art. 5.º); (iii) introduzir uma regra geral anti-abuso (art. 6.º); (iv) harmonizar as regras para sociedades estrangeiras controladas (art. 7.º e 8.º) e (v) lidar com as assimetrias híbridas (art. 9.º).

Muitos dos EM já dispõem destes instrumentos, contudo, o objectivo da União é o de dar uma resposta comum na luta contra a evasão fiscal, a qual tem sido possível porque alguns Estados não têm regras suficientemente desenvolvidas para o evitar ou porque as que têm não são inteiramente consistentes com as liberdades fundamentais previstas nos Tratados.

Prevê-se com este instrumento, a criação de *standards* mínimos⁵¹ - não a plena harmonização - que permitam evitar que os sujeitos passivos se aproveitem das disparidades entre as legislações nacionais dos diferentes EM, de forma a diminuir o imposto a pagar. A implementação cabe a cada Estado, escolhendo os elementos específicos que melhor se adaptam aos seus regimes de tributação das sociedades⁵².

3.2. Âmbito

O art. 1.º da ATAD estabelece que esta se aplica a todos os contribuintes que sejam sujeitos a imposto sobre as sociedades em um ou mais Estados, incluindo estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes. Prevê-se ainda a sua aplicação a situações com países terceiros.

A Directiva aplica-se exclusivamente à tributação directa, o que se explica pelo facto de a proposta ter sido inspirada nas recomendações da OCDE, as quais não se debruçam sobre a tributação indirecta.

A ATAD define-se por ter um âmbito alargado, na medida em que as noções de contribuinte e de imposto sobre as sociedades não estão definidas e são deixadas à interpretação dos EM, aquando da transposição da Directiva. O objectivo, parece-nos, será o de abranger o máximo de situações possíveis, evitando assim que se ultrapassem as regras da Directiva e, ao

⁵¹ Considerando n.º 16 da Directiva 2016/1164, já citada.

⁵² Considerando n.º 3 da Directiva.

mesmo tempo, podendo adaptar-se a qualquer ordenamento jurídico dos 28 EM, sem comprometer a sua aplicação e alcance.

A ATAD prevê ainda no seu art. 3.º um “*nível mínimo de protecção*”, o que significa que é permitido aos EM a adopção de regras mais restritas.

O objectivo é o de garantir que a tributação ocorra no “*país onde os lucros e o valor são gerados*”⁵³, onde existe verdadeira actividade económica. No entanto, saber onde é que efectivamente existe criação de valor é por vezes uma tarefa difícil, na medida em que estamos perante um conceito indeterminado e pelo facto de as operações num mundo globalizado serem cada vez mais complexas.

Pretende-se com a sua adopção reforçar, assim, a equidade na atribuição da carga fiscal entre as empresas na UE, aumentando a confiança dos contribuintes e cidadãos. Os grupos de empresas multinacionais deixarão de beneficiar das oportunidades de planeamento fiscal que não estão disponíveis para os contribuintes que exercem a sua actividade apenas a nível nacional. Consequentemente, as bases tributáveis dos Estados estarão melhor protegidas contra práticas de erosão da base tributária e de transferência de lucros, protegendo o mercado interno contra as estratégias de planeamento fiscal agressivo e assegurando a coerência dentro da UE.

Esta Directiva é claramente uma evidência de que a Comissão está preocupada com a evasão fiscal. Não obstante, poderá mostrar-se desactualizada aquando da sua implementação e entrada em vigor (a 1 de Janeiro de 2019), na medida em que deixa alguns assuntos por resolver⁵⁴.

Isto porque, apesar de a Directiva ambicionar que a tributação ocorra no Estado onde existe actividade económica, não consegue propriamente garantir um mecanismo para que a tributação ocorra efectivamente no Estado da fonte, nem resolve a fundo a questão da concorrência fiscal prejudicial existente entre os EM. Tal só seria possível através de medidas concretas, como o *Common Consolidated Corporate Tax Base* (“CCCTB”), que tem estado a ser discutido desde 2011, tendo voltado a ser proposto em Outubro de 2016⁵⁵ e que seria

⁵³ Considerando n.º 1 da Directiva a que nos temos vindo a referir.

⁵⁴ GREGGI: “*the (proposed) directive is undoubtedly a clear evidence of the fact that Commission cares about avoidance and evasion and consider these phenomena incompatible with the common market. However, the most important issues in the agenda (harmful tax competition within the EU, principle of symmetry between the place where value is created and taxes levied) remain unaddressed. In this respect, the proposed directive risks to be outdated and useless even before its actual implementation*”.

⁵⁵ *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Corporate Tax Base*, Strasbourg, 25-10-2016, COM(2016) 685 final, 2016/0337 (CNS).

obrigatório para as multinacionais a operar no espaço da União. Acreditamos que este poderia dar um importante contributo para a igualdade fiscal na UE. No entanto, parece-nos que esta proposta também não logrará sucesso, dadas as objecções tornadas públicas por alguns EM às propostas apresentadas. Os EM alegam que o CCCTB coloca em causa o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade e apontam dúvidas quanto aos benefícios deste face aos custos a suportar pelas autoridades. Além de que receiam a redução/estreitamento da base fiscal e a perda de soberania quanto à definição das regras de determinação da base fiscal.

No que respeita à ATAD, entendemos que o facto de a Comissão não ter ido “mais além” pode ser explicado pela dificuldade em chegar a uma unanimidade para a sua aprovação, dada as reservas dos EM em ceder em matéria de fiscalidade directa, matéria em que têm competência exclusiva e interesses de arrecadação de receita. Optou-se, assim, por uma abordagem consistente com o princípio da subsidiariedade⁵⁶ e com um âmbito mais restrito, por ter mais hipóteses de sucesso, ainda que o seu impacto seja mais reduzido, enquanto mecanismos mais concretos não são aprovados.

Para fazer face às situações abusivas, a Directiva introduz uma CGAA no seu art. 6.º, a qual pretende ter um âmbito alargado, protegendo as jurisdições da União das lacunas existentes.

Devido ao seu carácter geral e abstracto, *i.e.*, por se tratar de uma cláusula que tenderá a ser aplicada a todas as situações onde as regras específicas anti-abuso da ATAD não se apliquem, iremos debruçar-nos concretamente sobre esta regra. Acresce que pouco tem sido escrito sobre esta CGAA, tendo sido dedicada uma maior atenção às restantes regras (nomeadamente, quanto às regras para sociedades estrangeiras controladas, dedutibilidade dos juros e assimetrias híbridas), pelo facto de o seu impacto ser mais concreto.

Entendemos que esta regra poderá gerar uma maior controvérsia no que respeita aos princípios da proporcionalidade, segurança e certeza jurídicas, razão pela qual este estudo se debruça exclusivamente nessa e não nas restantes regras da Directiva.

⁵⁶ Segundo FAUSTO QUADROS, para que a Comunidade intervenha com respeito pelo princípio da subsidiariedade “*no domínio das atribuições não exclusivas é, pois, necessário, de harmonia com o artigo 5.º, n.º 3, UE, que se verifiquem cumulativamente duas condições: a insuficiência da atuação estadual e a maior eficácia da intervenção da União*”, in *Direito da União Europeia*, 2013, pp. 251-252.

4. A REGRA GERAL ANTI-ABUSO DA DIRECTIVA

4.1. Introdução

Antes de avançarmos na análise da CGAA da Directiva, importa tecer algumas considerações acerca deste tipo de regras. Neste sentido, é comumente aceite que as CGAA são uma parte essencial de um sistema fiscal moderno, na medida em que a legislação não consegue impedir todo o tipo de esquemas que defraudam a lei⁵⁷. Assim sendo, justifica-se o recurso a este tipo de cláusulas que permitam combater práticas fiscais abusivas que ainda não tenham sido objecto de disposições específicas.

Uma CGAA contém necessariamente conceitos indeterminados que permitam que a mesma abranja um maior número de situações, conferindo às Autoridades Tributárias uma ampla margem de livre apreciação. Naturalmente, tal trará insegurança jurídica e situações de contencioso. Por outro lado, as cláusulas gerais reforçam os princípios da igualdade tributária e da justiça fiscal, na medida em que são instrumentos para alcançar um tratamento semelhante para todos os contribuintes.

Para prevenir a discricionariedade das autoridades tributárias, muitas jurisdições com CGAA têm associados procedimentos administrativos que asseguram que a CGAA só poderá ser usada com a aprovação de um grupo de especialistas dentro da autoridade tributária, ou de um “GAAR panel”⁵⁸ que poderá incluir membros externos à autoridade tributária. Alcança-se, assim, um maior controlo na aplicação desta norma, em que apenas um funcionário devidamente especializado possa despoletar a CGAA, supervisionando a sua aplicação.

Não obstante, a verdade é que, pelo menos no caso português, o facto de a aplicação da CGAA estar depende de autorização pelo dirigente máximo do serviço – *i.e.*, Director Geral da AT ou funcionário por si delegado – não assegura o objectivo de controlo de aplicação da norma, uma vez que essa autorização é encarada como uma mera formalidade. Tal é comprovado pela maior parte das decisões judiciais e arbitrais que têm considerado como não preenchidos os requisitos para a aplicação das CGAA, o que revela as fragilidades da actuação da AT quando recorre a este mecanismo.

⁵⁷ “In the real world, no legislation, however detailed, can cover every issue that might arise. In fact excessive detail often increases the opportunities for planning or avoidance.” D. McBarnet & C. Whelan citado por FREEDMAN, J., in *Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance*, 20, Asia-Pacific Tax Bulletin, 2014.

⁵⁸ FREEDMAN, in ob. cit., p. 168.

Ora, no desenvolvimento do DUE, o anti-abuso não foi uma prioridade para o legislador, tendo essa decisão sido tomada em consistência com o princípio da subsidiariedade. A UE deixou para os EM o poder de regular as regras anti-abuso, desde que respeitando os limites da justificação e da proporcionalidade na sua aplicação. Não obstante, a exigência da criação de um verdadeiro mercado interno na União antevinha já a harmonização da fórmula da cláusula geral anti-abuso a utilizar pelos EM⁵⁹.

Devido ao facto de existirem Estados com diferentes CGAA, geram-se disparidades que são contrárias ao espírito do mercado único. Os EM perdem receitas e os contribuintes são tratados de forma diferente consoante o EM em que sejam tributados, o que se traduz numa violação dos princípios fundadores da UE, bem como do princípio da justiça tributária.

Os regimes de planeamento fiscal, cada vez mais complexos e em constante evolução, contribuíram para a necessidade de existência de uma CGAA que permita colmatar a ausência de uma regra específica. Além de que a natureza transfronteiriça da evasão do imposto sobre as sociedades significa que a abordagem não pode ser feita apenas ao nível de cada EM, devendo existir uma resposta conjunta da União quanto a este problema.

Neste sentido, perante as situações de abuso detectadas ao longo dos anos, a Comissão Europeia encetou esforços no sentido de reagir contra as estruturas cada vez mais sofisticadas de planeamento fiscal agressivo. Prova disso é a Recomendação de 6 de Dezembro de 2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo (2012/272/UE), na qual foi sugerida a introdução de uma GAAR nas legislações nacionais dos EM.

Anteriormente a esta Recomendação, as directivas em matéria de fiscalidade das empresas⁶⁰ previam apenas a possibilidade de aplicação de medidas específicas anti-abuso. Em certos casos⁶¹, previam-se já cláusulas especificamente dirigidas à não aplicação da directiva a operações que tenham como objectivo ou um dos principais objectivos, a evasão e fraude fiscais, ou mesmo, no caso da Directiva 2003/49/CE, “práticas abusivas”.

⁵⁹ Neste sentido, vide NOGUEIRA, in obra já citada, pp. 233-299, citando LECLERCQ, Laurent, *Interacting principles: The french abuse of law concept and EU notion of abusive practices*, Bulletin for International Taxation, June 2007, p. 235. MERKS, Paulus, *Tax evasion, Tax avoidance and Tax planning*, Intertax, vol.34, n.º 5, 2006, p.272.

⁶⁰ Directiva 2003/49/CE (art. 1.º, n.º 2), Directiva 2009/133/CE (art. 15.º, n.º 1, alínea a)) e Directiva 2011/96/UE (art. 1.º, n.º 2).

⁶¹ Directiva 2003/49/CE (art. 1.º, n.º 2) e Directiva 2009/133/CE (art. 15.º, n.º 1, alínea a)).

Neste sentido, entendemos que as CGAAs, ainda que possam trazer alguma incerteza pelos conceitos indeterminados que encerram, têm um papel importante na luta contra a elisão fiscal. Não obstante, deve existir um equilíbrio na sua aplicação para garantir a certeza e segurança jurídica tanto a nível nacional, como no seio da União, com respeito pelo princípio da liberdade de iniciativa económica e pelo princípio da liberdade de estabelecimento.

Uma fórmula comum, conforme ao que tem sido o entendimento do TJUE e que respeite as liberdades europeias, levará com certeza à diminuição de casos nos tribunais por violação do DUE.

4.2. Condições de Aplicação

A CGAA da ATAD visa o combate a todas as práticas abusivas não cobertas por uma regra específica anti-abuso, tanto em situações nacionais como transnacionais. O objectivo político desta medida é o de colmatar qualquer lacuna que possa existir a respeito de regras gerais ou específicas anti-abuso dos EM, na área da tributação das sociedades, impedindo a obtenção de vantagens fruto de montagens fiscais abusivas⁶².

No decorrer das negociações, alguns EM pediram que a CGAA fizesse uma referência explícita aos impostos de retenção em geral, particularmente para as situações que envolvam países terceiros⁶³. Isto porque os EM tinham entendimentos diferentes quanto ao âmbito da Directiva, sendo que em alguns ordenamentos os impostos de retenção na fonte encontram-se abrangidos pela tributação das sociedades, ao passo que noutros isso não sucede. Acabou por ser deixado ao critério dos EM como transpor para os seus respectivos ordenamentos jurídicos. Esta questão é relevante para aferir o âmbito de aplicação da regra anti-abuso: se por um lado, esta se aplica também à retenção na fonte ou, se por outro, fica excluída a sua aplicação a esses casos, por não ser considerada como tributação das sociedades.

Adicionalmente, a ATAD estabelece que os EM poderão aplicar sanções caso sejam aplicáveis as regras gerais anti-abuso, o que é contrário ao entendimento do TJUE⁶⁴.

⁶² Considerando n.º 11 da Directiva a que nos temos vindo a referir.

⁶³ RIGAUT, A., *Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons*, European Taxation, 2016, p. 503.

⁶⁴ Veja-se WEBER, in *Abuse of Law in European Tax Law (...) Part 2*, “The question is, what is the consequence of abuse? In *Emsland-Stärke* and *Halifax*, the Court made it clear “that a finding of abusive practice must not lead to a penalty, for which a clear and unambiguous legal basis would be necessary, but rather to an obligation to repay, simply as a consequence of that finding”, p. 325.

A CGAA da ATAD dispõe, no seu art. 6.º que os EM, para efeitos do cálculo da matéria colectável das sociedades, devem ignorar uma montagem ou uma série de montagens que, tendo sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal que frustre o objecto ou a finalidade do direito fiscal aplicável, não seja genuína tendo em conta todos os factos e circunstâncias relevantes.

Uma montagem não será genuína quando não existam razões económicas válidas, que reflectam realidade económica, isto é, quando não existe substância económica na operação subjacente.

Atentemos agora nas condições de aplicação desta CGAA:

4.2.1. *Existência de montagens ou série de montagens*

Contrariamente à CGAA prevista na Recomendação da Comissão de 2012⁶⁵, o termo “*montagens*” não se encontra definido pela ATAD. Apesar de esta referência ter sido deixada de parte, acreditamos que este conceito deve ser apreciado tendo em conta os trabalhos de preparação e recomendações anteriores, ponderando *in casu*, o elemento histórico.

Assim, na apreciação de um caso concreto, quanto a saber se existe ou não uma montagem para efeitos da aplicação da CGAA, dever-se-á atender ao que tem vindo a ser considerado como uma (tanto pela Recomendação de 2012 como pelos casos já levados ao escrutínio do TJUE) - *qualquer transacção, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade*. Desta forma, servem como um elemento interpretativo, possibilitando uma maior percepção sobre as realidades que poderão ser objecto de requalificação pela CGAA, garantindo uma maior segurança e certeza jurídica.

A segunda parte do n.º 1, do art. 6.º refere que uma montagem “*pode ser constituída por mais do que uma etapa ou parte*”. Parece-nos que segundo este clausulado poderão existir casos em que parte da montagem poderá ser abusiva e outra parte poderá ser genuína. Assim, os EM poderão pôr em causa parte da montagem que seja abusiva, aplicando-lhe a CGAA, sem prejuízo da(s) restante(s).

⁶⁵ Recomendação da Comissão de 06-12-2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo: “ (...) entende-se por montagem qualquer transacção, regime, medida, operação, acordo, subvenção, entendimento, promessa, construção ou eventualidade”, § 4.3.

4.2.2. Elemento Subjectivo

Para que a CGAA seja aplicável, a montagem tem de ter “*sido posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal*”.

Ora, da análise a esta norma é possível constatar que esta foi alinhada com a regra anti-abuso prevista na Directiva Mães-Afiliadas⁶⁶, confirmando o “*main purpose or one of the main purposes test*”, o qual por sua vez foi baseado no *Principal Purpose Test* (PPT) do Relatório BEPS da OCDE, nomeadamente a Acção 6. A cláusula anti-abuso do BEPS teve de ser ligeiramente modificada, de modo a ser compatível com o ordenamento jurídico da União. Segundo a Comissão, estas alterações são suficientes para que a regra seja compatível com o DUE e a jurisprudência do TJUE.

Importa referir que a proposta inicial da Comissão propunha um “*essential purpose test*”⁶⁷. Contudo, acabou por vingar o “*main purpose or one of the main purposes test*”, resultando num âmbito mais amplo. Isto porque, torna-se muito mais fácil para as Autoridades Fiscais demonstrarem a existência de uma ou mais finalidades fiscais do que saber se as montagens tinham como propósito essencial a obtenção de uma vantagem fiscal. A “essencialidade”, enquanto conceito indeterminado, parece-nos que tornaria penosa a sua aplicação.

Entendemos ser difícil determinar quando é que uma montagem é posta em prática com a finalidade principal ou uma das finalidades principais de obter uma vantagem fiscal, dado que não são dadas orientações. Ainda assim, será de seguir o elemento subjectivo dado pelo TJUE desenvolvido *supra* ⁶⁸. Ou seja, determinar se a conduta do sujeito passivo visa a obtenção de uma posição de vantagem que não foi prevista para si e que esta foi conseguida através de artificialismos. Esta aferição deve ser feita através de elementos objectivos.

Contrariamente, a Recomendação de 2012 dava ainda algumas orientações a este respeito (ainda que utilizasse o termo “*objectivo essencial*” em vez de “*finalidade principal*”),

⁶⁶ Directiva (UE) 2015/121 do Conselho, de 27 de Janeiro de 2015, que altera a Directiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de EM diferentes.

⁶⁷ A proposta da Comissão, de 28 de Janeiro de 2016 dispunha o seguinte: “*As montagens fictícias ou uma série delas realizada com o objectivo essencial de obter uma vantagem fiscal que anule o objecto ou a finalidade das disposições fiscais normalmente aplicáveis não são tomadas em consideração para efeitos do cálculo da carga fiscal das sociedades*” (sublinhado nosso).

⁶⁸ Ponto 2.2, ii), p. 7.

desconsiderando a intenção subjectiva do contribuinte⁶⁹ e determinando que uma finalidade deve ser considerada essencial “*quando qualquer outra finalidade que é ou poderia ser imputada à montagem ou à série de montagens se afigure, no máximo, negligenciável, tendo em consideração todas as circunstâncias da situação*”.

Ora, comparando a redacção final da CGAA com a da Recomendação de 2012, podemos concluir que a primeira tem a vantagem de abranger mais situações. Assim, mesmo que existam várias razões principais, havendo uma fiscal, a CGAA será aplicada. Com a redacção da Recomendação, tornar-se-ia mais difícil para as autoridades fiscais demonstrar que a motivação fiscal era o objectivo essencial e que não existiam quaisquer outras razões não fiscais para a operação.

Parece-nos que a redacção que vingou poderá suscitar dúvidas quanto respeito do princípio da proporcionalidade, por ir além do necessário. Não obstante, se as autoridades tiverem em conta o entendimento do TJUE, o abuso será afastado nos casos em que exista uma boa razão não fiscal, não havendo qualquer violação do DUE.

Adicionalmente, a Recomendação apontava que para determinar se uma montagem ou uma série de montagens está na origem da vantagem fiscal “*as autoridades nacionais são convidadas a comparar o montante do imposto devido pelo contribuinte à luz dessas montagens com o montante que o mesmo contribuinte deveria pagar em circunstâncias idênticas na ausência das referidas montagens*”⁷⁰. A Recomendação dava ainda exemplos de situações que deviam ser tidas em conta pelas autoridades nacionais para aferir a presença dessa situação: um montante não é incluído na matéria colectável; o contribuinte beneficia de uma dedução; é registada uma perda fiscal; não é devida qualquer retenção na fonte; o imposto estrangeiro é compensado.

Na redacção final da CGAA não é dado qualquer tipo de indicação para aferir se a montagem está na origem de uma vantagem fiscal, sendo deixado aos aplicadores da norma esse julgamento.

4.2.3. Elemento Objectivo

Outra condição para que a CGAA se aplique é que a actuação do contribuinte “*fruste o objecto ou a finalidade do direito fiscal aplicável*”. Tal formulação encontra-se também no teste

⁶⁹ Recomendação de 2012, já citada: “ (...) a montagem ou a série de montagens tem por objectivo evitar a tributação sempre que, independentemente de qualquer intenção subjectiva do contribuinte, tal seja incompatível com o objectivo, o espírito e a finalidade das disposições fiscais que normalmente deveriam ser aplicadas”, § 4.5.

⁷⁰ § 4.7. da Recomendação já referida.

do TJUE: o elemento objectivo implica que ainda que se verifiquem as condições formais previstas no DUE, se o objectivo dessa mesma legislação não for cumprido, estaremos perante uma situação abusiva.

Segundo o TJUE, uma disposição nacional restritiva de uma liberdade fundamental apenas será admissível caso o seu objectivo seja o de impedir comportamentos que consistam em criar expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica, com o objectivo de iludir o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por actividades realizadas no território nacional.

O elemento subjectivo só se demonstra relevante quando os critérios objectivos se mostram cumpridos. Só quando as liberdades fundamentais não são exercidas de acordo com o seu propósito (a existência de um mercado único) e o objecto e finalidade do direito nacional aplicável são postos em causa é que os motivos pelos quais se deu determinada transacção são relevantes - são os motivos puramente fiscais que não permitem o exercício das liberdades fundamentais com respeito pelo seu objectivo.

4.2.4. *Não Genuinidade das Montagens*

A CGAA da Recomendação de 2012 baseava-se num conceito de artificialidade, considerando que uma montagem seria artificial quando não tivesse substância comercial. A Recomendação indicava ainda situações específicas⁷¹ que deviam ser tidas em conta pelas autoridades fiscais dos EM para verificar se as montagens eram abusivas.

No caso da CGAA da ATAD, esta aplicar-se-á caso a montagem ou série de montagens não seja genuína. Ou seja, quando não tenha sido posta em prática por “razões comerciais válidas que reflectam a realidade económica”⁷².

Este conceito de genuinidade é uma “novidade” no DUE. Como já demonstrado nos capítulos anteriores, a fórmula utilizada pelo TJUE em matéria de abuso é o conceito de “artificialidade”.

⁷¹ “ (...) a) A qualificação jurídica de cada uma das medidas que compõem a montagem é incompatível com o fundamento jurídico da montagem no seu conjunto; b) A montagem ou a série de montagens é executada de uma forma que seria normalmente utilizada no quadro do que se espera ser um comportamento comercial razoável; c) A montagem ou a série de montagens inclui elementos que têm por efeito compensar-se ou anular-se entre si; d) As transacções concluídas são de natureza circular; e) A montagem ou a série de montagens dá origem a um benefício fiscal considerável, mas que não se reflecte nos riscos comerciais assumidos pelo contribuinte nem nos seus fluxos de caixa; f) O lucro esperado antes de imposto é negligenciável relativamente ao montante da vantagem fiscal previsto.”

⁷² Directiva ATAD, art. 6.º, n.º 2.

O tribunal tem considerado válidas as medidas que restringem a liberdade de estabelecimento desde que estas tenham por objectivo o combate aos “*expedientes puramente artificiais*”, dado que a liberdade de estabelecimento pressupõem a “*prossecução de uma actividade económica efectiva*”.

À semelhança do entendimento do tribunal, esta norma requer substância económica, caso contrário, os EM poderão aplicar a CGAA, requalificando a operação.

Também aqui se levantam questões sobre quais as razões que serão consideradas válidas e como é que se determina a realidade económica. Estes requisitos são difíceis de aplicar na prática e existem poucas “*guidelines*”. Consideramos que se devem interpretar estes termos à luz do que tem sido entendimento do TJUE, ainda que este apenas avance com critérios que permitem os tribunais de reenvio avaliar a existência de razoabilidade na actividade económica prosseguida por um contribuinte. O julgamento da existência de “*expedientes puramente artificiais*” cabe sempre ao tribunal nacional.

Como já referimos, parece existir um afastamento entre os conceitos de genuinidade e artificialidade. De facto, a proposta da Directiva dispunha no seu preâmbulo que a regra geral anti-abuso “*visa reflectir os testes de artificialidade do TJUE quando estes sejam aplicados no interior da União*”⁷³.

Contudo, essa referência deixou de constar da versão final. Ainda assim, dado que a artificialidade é um conceito associado à liberdade de estabelecimento e utilizado pelo TJUE, a Comissão pode ter querido utilizar um termo diferente, aplicável a outras realidades, sem alterar no entanto os seus requisitos.

Tal é confirmado pelo facto de a genuinidade se verificar quando existirem “*razões comerciais válidas que reflectam a realidade económica*”. No fundo, é esse também o entendimento do TJUE para considerar que determinada situação não configura abuso/expediente puramente artificial – o exercício de actividade económica efectiva.

4.3. Consequências da aplicação da CGAA

O n.º 3 do art. 6.º proposto pela Comissão previa que a carga fiscal fosse calculada “*com base na substância económica em conformidade com a legislação nacional*”. Esta referência

⁷³ Proposta de Directiva do Conselho, de 28.01.2016 COM (2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), p. 10.

foi retirada na versão final, dada a oposição de vários EM pelo facto de o conceito de “*substância económica*” ser desconhecido nos seus ordenamentos jurídicos.

O texto final remete apenas para a legislação nacional, conferindo total flexibilidade no processo de transposição para o Direito interno, o que frustra, em certa medida, o objectivo de harmonizar as CGAA dentro da UE.

O preenchimento dos requisitos previstos no art. 6.º implica que seja aplicada a CGAA, podendo os EM ignorar as montagens, sendo calculada a colecta “*nos termos do direito nacional*”⁷⁴. Assim sendo, as autoridades fiscais poderão ignorar montagens abusivas e taxar como se não tivesse ocorrido a operação que é posta em causa. No fundo, a tributação ocorrerá com base na substância, *i.e.*, com base na realidade económica subjacente.

Ora, saber o que se entende por “ignorar” a transacção não é muito claro, na medida em que a Directiva não estabelece como é que deve ser substituída. Para além de que várias interpretações podem surgir em resultado da remissão para a lei nacional, uma vez que a mesma poder varia de um dado EM para outro.

Mais uma vez, entendemos que esta solução, ao criar diferenças na aplicação da CGAA, poderá não salvaguardar os direitos dos contribuintes, uma vez que cria incerteza quanto às consequências e relativamente à forma como serão tributadas essas operações. Ou seja, parece-nos que o princípio da certeza jurídica pode estar aqui em risco, sendo esta uma exigência do TJUE para que uma restrição a uma liberdade fundamental seja considerada proporcional.

4.4. Impacto da CGAA e da respectiva transposição

Um dos propósitos desta Directiva é obrigar os EM que ainda não têm uma GAAR a procederem à respectiva implementação no seu ordenamento, de modo a evitar que algumas operações consideradas abusivas se desloquem para EM onde não existam mecanismos para as combater.

Para definir elisão, utilizam-se conceitos como “*montagem não genuína*” que “*frustre o objecto ou a finalidade*”. Ora, a elisão e o abuso vão ser aferidos tendo em consideração a experiência interna de cada EM, dado que o abuso de cada caso concreto se refere a contratos, acordos, e outras obrigações à luz do direito civil. Porém, cada ordenamento jurídico tem o seu

⁷⁴ Directiva ATAD, art. 6.º, n.º 3.

grau de tolerância relativamente a montagens económicas, várias formas de interpretar o abuso da lei e o do direito.

Surgem, portanto, dúvidas a este respeito, nomeadamente sobre como é que um conceito de evasão fiscal europeu poderá ser implementado pelos diferentes EM, dado o potencial conflito que poderá surgir com os direitos fundamentais e obrigações de alguns EM.⁷⁵

Mais, a regra anti-abuso não poderá derrogar as liberdades da União. O TJUE exige sempre uma justificação mais aceitável ou testa a presença da evasão fiscal à luz dos seus *standards*. A Directiva estabelece os critérios para que a existência de abuso seja considerada, sendo de acordo com ela que o teste de proporcionalidade deve ser feito relativamente a cada provisão interna.

Contudo, cabendo ao TJUE o controlo da consistência das fontes de Direito e da sua conformidade com o TFUE, as normas que transponham a ATAD serão sempre apreciadas quanto à sua compatibilidade com o DUE. Assim, acreditamos que o TJUE irá com certeza ser chamado a pronunciar-se acerca da compatibilidade das normas previstas nesta Directiva, quando sejam transpostas para os ordenamentos dos diversos EM.

A Directiva não pretende harmonizar todas as disposições anti-abuso dos EM, pelo contrário, oferece alguma flexibilidade na sua transposição – seguindo os precedentes das directivas anteriores em tributação directa, como a Directiva Mães-Afiliadas. Esta flexibilidade foi sem dúvida uma condição para se chegar a uma unanimidade entre os EM. O princípio fundamental é o de que os EM não devem ter disposições nacionais menos protectoras das bases tributáveis nacionais do que o que é estipulado pela Directiva.

O art. 3.º da ATAD esclarece que é possível a aplicação de disposições nacionais destinadas a garantir um nível de protecção mais elevado. Tal implica que, nos sistemas nacionais que já dispõem de disposições suficientemente protectoras, não haverá necessidade de haver uma reforma da lei. Pelo contrário, haverá necessidade de reforma nos casos onde não exista ou a protecção for insuficiente.

⁷⁵ GREGGI, *in* artigo já citado, preconiza que o art. 6.º poderá operar apenas ao nível interpretativo das regras nacionais anti-abuso já em vigor, tendo assim mais hipóteses de sucesso. Este autor entende que, dessa forma, poder-se-iam tornar as regras já existentes mais consistentes com o DUE, dado que estas passariam a seguir os requisitos de abuso previstos na CGAA, os quais, de acordo com a ATAD, visam reflectir o teste de artificialidade do TJUE.

Entendemos que esta teoria do “*nível mínimo de protecção*” não é pacífica, podendo suscitar várias questões, nomeadamente as seguintes: (i) Como é que se avalia se um sistema nacional salvaguarda de forma suficiente o nível de protecção das bases tributáveis? (ii) Esse nível de protecção mínimo deve ser avaliado de forma geral, tendo em conta todas as regras da Directiva, ou provisão a provisão?

No que diz respeito à referência no art. 6.º, n.º 1, a “*finalidade principal ou uma das finalidades principais*” em vez de “*finalidade exclusiva*”, permitindo aos EM exercer poderes mais intrusivos na luta contra a evasão, entendemos que a mesma poderá suscitar também algumas reservas. Com a evolução da letra da regra anti-abuso da Directiva durante as negociações (de um “*essential purpose test*” para um “*main purpose test*”) poder-se-á perguntar se esse resultado passará no teste do TJUE dos “*arranjos puramente artificiais*” numa situação em que esteja em causa a liberdade de estabelecimento. Não será que esta solução poderá ser colocada em causa pelo TJUE, por exceder o critério de proporcionalidade?

O TJUE permite que as CGAA presumam a existência de transacções abusivas. Não obstante, deve ser dada ao contribuinte a possibilidade de refutar essa presunção⁷⁶, demonstrando as razões económicas válidas por detrás das suas operações, sem o sujeitar a excessivos constrangimentos administrativos⁷⁷⁷⁸. Ora, o teste subjectivo desta CGAA não prevê claramente a possibilidade de o contribuinte apresentar a existência de razões económicas válidas.

Acresce que o TJUE tem entendido que da aplicação de uma medida restritiva não deverá resultar uma sanção, sendo apenas afastada a situação abusiva. Neste sentido, parece-nos que, ao sê-lo permitido pela Directiva, o TJUE poderá pôr em causa as CGAA dos EM que tenham a previsão de sanções.

No que respeita à certeza jurídica, conforme já referimos a propósito do caso *SIAT*, uma regra nacional deve ter um grau de certeza jurídica suficiente. O âmbito da norma deve ser

⁷⁶ WEBER, in *Abuse of Law in European Tax Law (...) Part 2*, p. 319.

⁷⁷ Ac. *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, já citado.

⁷⁸ FREITAS PEREIRA, in *Fiscalidade* – “no chamado caso *Leur-Bloem* (Acórdão de 17 de Julho de 1997 no Processo C-28/95 – *A. Leur Bloem c. Inspecteur der Belasting-dienst/Ondernemingen Amsterdam 2*), decidiu que, na aplicação do art. 11.º da Directiva 90/434/CEE, de 23 de Julho de 1990 (anterior directiva sobre Fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções), as autoridades nacionais devem proceder, caso a caso, ao exame global da operação que estiver em causa. Não pode assim prever-se simplesmente uma regra geral que exclua automaticamente do âmbito de aplicação da directiva as operações com certas características, quer haja ou não de modo efectivo evasão ou fraude fiscal”.

definido com precisão suficiente, de modo a que os seus efeitos sejam previsíveis quando impliquem consequências desfavoráveis aos particulares.

Ora, esta regra nada diz quanto às consequências da recharacterização da transacção, o que pode levar a dupla tributação, o que não satisfaz o critério da proporcionalidade.

Neste sentido, KORIAK⁷⁹ refere o seguinte: “*the PPT, as proposed by the OECD in the Report, as well as its modified version recommended to Members States by the European Commission, can hardly be considered compatible with the EU fundamental freedoms and ECJ case law*”.

O TJUE esclarecerá nos próximos tempos qual a posição que terá quanto à redacção das normas anti-abuso, dado que estão pendentes alguns casos relacionados com a implementação de regras anti-abuso. A este respeito, destaca-se o caso *Holcim France*⁸⁰ relativo à Directiva Mães-Afilhadas.

É com algumas reservas que também verificamos que a Directiva não prevê um mecanismo administrativo que assegure que a GAAR só poderá ser usada com a aprovação de um grupo de especialistas dentro da autoridade tributária, ou de um “GAAR panel”.

Por outro lado, numa pesquisa comparativa sobre o impacto da ATAD nos sistemas nacionais, GUTMANN, *et. al.*⁸¹ concluem que, dada a especificidade do art. 6.º da Directiva, nenhum país entre os analisados prevê uma regra idêntica de natureza tão abrangente, o que pode ser explicado pelas diferenças de política fiscal prosseguidas pelos diferentes EM⁸².

Ainda no que respeita às questões que a transposição da Directiva suscita, poderá surgir a dúvida quanto a saber se a GAAR deve substituir as regras anti-abuso já existentes nos sistemas nacionais, ou se será acrescentada à legislação. Alguns autores entendem que, apesar das diferenças na letra da lei, os conceitos são basicamente os mesmos, sendo a reforma desnecessária, só o sendo para os países que ainda não disponham de uma GAAR. Outros,

⁷⁹ KORIAK, Oleksandr, *The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?*, European Taxation, 2016, p. 559.

⁸⁰ Proc. pendente C-6/16, *Holcim France and Société Enka*.

⁸¹ GUTMANN, D., *et. al.*, *The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey*, European Taxation, 2017, p. 18.

⁸² *Idem*: “ (...) while the German GAAR puts less emphasis on the taxpayer’s intention than article 6 does, other GAARs require that the tax administration show that the tax objective pursued by the taxpayer is “essential” (Italy) or even exclusive (France). Other types of GAARs insist on the artificial character of schemes that they cover (Poland, Spain)”.

consideram que o verdadeiro impacto da ATAD será criar um duplo *standard* de combate à evasão fiscal⁸³.

Entendemos que uma implementação correcta da Directiva, não significa sempre que se tenham de criar novas disposições. É geralmente aceite que se um dado ordenamento já cumpre com os objectivos da Directiva, não é necessário que se proceda à sua alteração⁸⁴. Como refere o TJUE⁸⁵, “segundo os próprios termos do artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE, os Estados-Membros têm a faculdade de escolher a forma e os meios para aplicarem as directivas, que permitam assegurar o melhor possível o objectivo por aquelas prosseguido” e que “desde que a situação jurídica decorrente das medidas nacionais de transposição seja suficientemente precisa e clara para permitir aos particulares em causa conhecer a extensão dos seus direitos e obrigações, a transposição de uma directiva para o direito interno não exige necessariamente que todos os Estados-Membros tenham de tomar uma iniciativa legislativa”.

Como referido explicitamente no preâmbulo da proposta da Directiva, a GAAR “visa reflectir os testes de artificialidade do TJUE quando estes sejam aplicados no interior da União”⁸⁶. Nesse sentido, entendemos que a CGAA deve ser interpretada à luz da doutrina/teoria do abuso do TJUE. Se se fizer uma interpretação de acordo com a doutrina do TJUE, parece-nos que o âmbito desta não será assim tão amplo e que deverá ser seguida a interpretação dada em *Cadbury Schweppes*, atendendo a critérios como a presença física, substância das actividades, adesão ao princípio do “*arm’s length principle*”, aceitação das motivações fiscais, entre outros.

De facto, muitas transacções comerciais serão revistas à luz da CGAA. Seguindo uma interpretação conforme à teoria do abuso do TJUE, a aplicação da CGAA será conforme o DUE. Não será no entanto expectável que as autoridades dos EM apliquem apenas essa interpretação da GAAR, fazendo uso da mesma de uma forma mais ampla.

Dadas as incertezas quanto ao que deve ser considerado abuso, as futuras decisões do TJUE em matéria de testes de artificialidade deverão afectar a interpretação da CGAA, podendo dar algumas indicações sobre o alcance da mesma.

⁸³ *Idem*: relativamente a este ponto, os autores referem o caso de França: “(...) in a country like France, where the GAAR is defined very narrowly but gives rise to a specific penalty of a criminal nature, it may be alleged that a dual standard will exist in the future: a “relaxed” GAAR with no connected penalty and a “stricter” one with specific penalties (as is already applicable in the area of the Parent-Subsidiary Directive (2011/96))”.

⁸⁴ §44 do ac. do proc. C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*; §51 do ac. proc. C-456/03, *Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana*.

⁸⁵ §§ 43 e 44 do ac. *Kofoed*, já cit.

⁸⁶ Proposta de Directiva do Conselho, de 28.01.2016 COM (2016) 26 final, 2016/0011 (CNS), p. 10.

Em suma, dada a (1) inexistência de *guidelines* para a sua interpretação, (2) a amplitude do seu âmbito e (3) a remissão para a lei interna de cada Estado, acreditamos que haverá certamente o risco de diferente implementação por cada um dos 28 EM, podendo haver 28 versões diferentes de CGAA. Não havendo um mecanismo de reconhecimento mútuo ou ajustamento das CGAAs, isso poderá levar a dupla tributação. Entendemos ainda que o objectivo de assegurar a coesão das regras dentro do mercado único não será assim atingido, sendo difícil prever o impacto da mesma nos investimentos na UE. Finalmente, entendemos que apesar dos ajustes da norma face à GAAR do Relatório BEPS, poderá, ainda assim, levantar-se questões quanto à sua compatibilidade com o DUE, nomeadamente por violação do critério da proporcionalidade.

4.5. Impacto no ordenamento jurídico português

4.5.1. A CGAA portuguesa

A CGAA portuguesa⁸⁷, contrariamente à da ATAD, foi concebida para ser aplicada a todos os tipos de impostos.

Adicionalmente, a CGAA portuguesa exige um procedimento especial próprio, constante do art. 63.º do CPPT, o qual, para além de um prazo de caducidade mais curto, prevê a audição prévia do contribuinte, a exercer em 30 dias, sobre a intenção de aplicar o normativo do art. 38.º, n.º 2 da LGT, procedimento esse que tem lugar em momento anterior à liquidação.

Para que seja aplicada a CGAA portuguesa, a actuação do contribuinte, para ser fraudulenta, tem como tal que permitir substituir as situações de facto tributadas, por outras que, gerando as mesmas consequências prática e económicas, resultem numa vantagem fiscal. A vantagem fiscal obtida tem de consistir numa fraude à lei, o que equivale à obtenção de um resultado que a lei e/ou o ordenamento tributário não consentem.

Comparando a redacção de ambas as normas, verificamos que a CGAA da LGT tem um âmbito de aplicação mais restrito do que a da CGAA da Directiva, motivo pelo qual a sua aplicação pela AT tem sido reduzida devido à exigente fundamentação que acarreta.

Assim, para aplicar a CGAA, a AT terá de fundamentadamente demonstrar:

⁸⁷ Art. 38.º, n.º 2 da LGT, introduzido pela Lei n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para o ano de 1999.

- i) A existência de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim ou substância económica aos efectivamente praticados pelo contribuinte;
- ii) Que estes últimos consubstanciam um meio artificioso ou fraudulento e com abuso de formas jurídicas de obter um regime fiscal diferente, total ou parcialmente, do aplicado aos primeiros;
- iii) Que esse regime fiscal diferente se traduz na obtenção de uma redução, eliminação ou diferimento de impostos ou outras vantagens fiscais;
- iv) Que a obtenção de tal regime é o objectivo essencial ou principal do uso da forma jurídica utilizada pelo contribuinte.

A consequência da sua aplicação será a de *“efectuar a tributação a que houver lugar de acordo com os factos, actos ou negócios jurídicos que, em termos normais, teriam sido levados a cabo para a realização do fim económico visado ou, sendo caso disso, retirar pura e simplesmente a vantagem fiscal obtida com a prática abusiva”*⁸⁸.

Não obstante este âmbito restrito de aplicação, segundo COURINHA⁸⁹, se o resultado económico, financeiro ou prático não for atingido senão acidentalmente, ou ainda por motivações não essencialmente fiscais, não ocorre este elemento, e a CGAA não se aplicará.

Assim, entende COURINHA que deve prevalecer uma interpretação teleológica da CGAA: *“o resultado interpretativo decorrente da CGAA terá, obviamente, que ser distinto daquele que resulta de uma interpretação meramente gramatical, indo forçosamente além da letra da lei, em atenção ao fim e eficácia da mesma, sob pena de nulidade do procedimento”*⁹⁰.

Refere ainda este autor que o elemento intelectual é aquele que mais caracteriza as normas gerais anti-elisivas⁹¹, pois é possível que sejam praticados actos ou celebrados negócios jurídicos dos quais resultem vantagens fiscais e equivalência dos efeitos económicos do acto normal tributado, sem que, no entanto, exista a motivação para tal. Esses resultados podem ser acidentais ou podem não ser preponderantes nos termos do negócio.

Assim, para que seja aplicada a CGAA da LGT tem de existir uma fraude à lei, por não coincidência entre os objectivos prosseguidos pela norma fiscal e a intenção do particular.

⁸⁸ FREITAS PEREIRA, *in ob. cit.*, p. 417.

⁸⁹ COURINHA, *in ob. cit.*, p. 143.

⁹⁰ *Idem*, p. 145 citando HENSEL, apud Heinrich Wilhelm Kruse.

⁹¹ *Idem*, pp. 176-177.

No entanto, a verdade é que a sua aplicação acarreta dificuldades ao nível da sua comprovação, motivo pelo qual os primeiros casos só chegaram aos tribunais muitos anos depois da sua introdução no ordenamento jurídico⁹². Esta diferença temporal tem permitido à jurisprudência portuguesa assentar a sua linha de raciocínio com base no entendimento doutrinário, em especial de COURINHA, decompondo a CGAA em cinco elementos: elemento meio, elemento resultado, elemento intelectual, elemento normativo e elemento sancionatório.

Os quatro primeiros elementos correspondem a requisitos cumulativos, que permitem aferir a verificação de uma actividade caracterizável como elisão fiscal. O último diz respeito à estatuição da norma. Verificados todos os requisitos, a consequência da sua aplicação é a ineficácia no âmbito tributário, dos actos ou negócios jurídicos considerados abusivos, efectuando-se a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.

Confirmando a dificuldade de prova que a redacção da CGAA comporta, destacamos que a maioria das decisões tem-se revelado a favor do contribuinte⁹³, não se provando todos os requisitos de aplicação da CGAA. No entanto, debruçar-nos-emos de seguida sobre as decisões favoráveis à aplicação da CGAA, de modo a analisar o raciocínio do tribunal à luz do entendimento do TJUE em matéria de abuso.

4.5.2. A aplicação da CGAA pela jurisprudência portuguesa

4.5.2.1 O Ac. n.º 4255/10, de 15 de Fevereiro de 2011, do TCA-Sul

A primeira decisão de um tribunal superior sobre a aplicação da CGAA versou sobre a questão de saber se a instalação de uma participada na ZFM, com o propósito de beneficiar da isenção de IRC, constituía um negócio abusivo.

No caso em apreço, a Requerente utilizava a sua participada para conceder os empréstimos a outras empresas do grupo. Por sua vez, a participada distribuía os juros pagos na forma de dividendos, os quais estavam isentos em sede de IRC e dedutíveis ao abrigo do art. 46.º CIRC.

⁹² A primeira decisão de um tribunal superior sobre a aplicação da CGAA deu-se com o ac. n.º 4255/10, de 15 de Fevereiro de 2011, do TCA Sul. O tribunal decidiu a favor da pretensão da AT, por entender que a factualidade provada preenchia de forma clara os pressupostos cumulativos de aplicação da CGAA.

⁹³ Vejam-se as Decisões do CAAD de 26-11-2014, Processo n.º 43/2013-T e Processo n.º 46/2013, bem como a decisão de 4-11-2013, Processo 70/2013-T.

A AT, aplicando a CGAA, considerou ineficazes estes negócios, considerando que a utilização desta sociedade sediada na ZFM tinha tido como único objectivo a celebração de contratos para eliminar a carga fiscal sobre os rendimentos, tendo alterado as liquidações no sentido de tributar os juros pagos como se os mútuos fossem celebrados directamente entre as empresas do grupo sem recurso à participada.

O tribunal confirmou que os actos ou negócios praticados de interposição de uma estrutura societária com sede na ZFM, sob a forma de SGPS, para financiamento de diversas empresas do grupo, eram essencial ou principalmente dirigidos à transformação de juros em dividendos, que escapavam à tributação pela aplicação do regime de eliminação de dupla tributação económica de lucros distribuídos, previsto no CIRC, considerando estarem verificados os requisitos cumulativos de que depende a aplicação da CGAA.

No que respeita ao *elemento meio*, o tribunal considerou que os empréstimos concedidos às restantes empresas do grupo, através da sua participada, foram efectuados de forma pré-planeada, constituindo um negócio artificioso. A artificialidade encontra fundamento no facto de os fluxos financeiros da Requerente para a participada serem seguidamente remetidos às empresas beneficiárias de tais empréstimos e pelo facto de os gerentes de tal participada serem quadros do grupo empresarial em causa, o que lhes permitia tomar as deliberações adequadas relativamente aos empréstimos a conceder, com o objectivo de minimizar o imposto a pagar.

Quanto ao *elemento resultado*, considerou o tribunal que foi utilizada a situação tributária da participada, a qual beneficia de isenção de IRC⁹⁴, para efectuar os empréstimos a entidades do grupo, beneficiando por sua vez da recepção de acréscimos patrimoniais enquanto dividendos dedutíveis, ao invés de juros que seriam tributados na esfera da Requerente. Em resultado da intermediação da participada, não ocorreu qualquer tributação na operação de financiamento.

No que concerne ao *elemento intelectual*, entendeu o tribunal que os actos ou negócios praticados pelo contribuinte foram essencial ou principalmente dirigidos para a obtenção de uma vantagem fiscal, socorrendo-se de modo deliberado da sua participada para conceder os

⁹⁴ No âmbito do desenvolvimento das suas actividades na Zona Franca da Madeira - *cfr.* Decreto Regulamentar n.º 53/82, de 23/8.

empréstimos a outras empresas, beneficiando do estatuto de isenção desta em sede de IRC para eliminar a tributação fiscal, convertendo os juros pagos em dividendos.

Por último, quanto ao *elemento normativo*, o tribunal decidiu que o comportamento da Requerente se revela “*anti-jurídico, atento o espírito da norma isentadora do imposto (cfr. Decreto Regulamentar n.º 53/82, de 23/8), desde logo, porque a única actividade económica que a dita participada desenvolve na Zona Franca da Madeira consiste na aplicação das prestações suplementares que a mesma recebe da A. e transfere de seguida para entidades terceiras, não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objecto social*”.

Para reforçar a inexistência de actividade económica efectiva, o tribunal invoca ainda o *Ac. Cadbury Schweppes*.

Num comentário a esta decisão, Nuno Oliveira Garcia e José Almeida Fernandes⁹⁵ consideram que a íntima convicção do juiz perante um conjunto de operações comerciais válidas não pode ser tomada sem este se pronunciar sobre a totalidade dos factos invocados, nem pode remeter apenas para os factos expressos no relatório da Inspecção Tributária.

Consideram estes autores que uma decisão desta natureza deveria ter tido um grau de exigência no juízo probatório maior, dado que a convicção sobre cada facto implica não só a análise crítica de todos os factos invocados pelas partes, mas também a especificação dos fundamentos que foram decisivos para a formação da convicção do julgador, devendo este justificar o valor relativo que atribuiu a cada meio de prova.

Acrescentam ainda que a verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA parece decorrer apenas da mera existência de transacções com uma empresa residente na ZFM e desta beneficiar de um regime de isenção, pressupondo a existência de um comportamento contrário ao ordenamento jurídico, apenas da simples opção do contribuinte de recorrer a uma sociedade sujeita a esse regime de tributação. Argumentam ainda que o legislador português aceita que sociedades residentes em Portugal detenham sociedades a operar na ZFM, beneficiando do regime especial aí previsto, assim como permite que aquelas beneficiem do regime da eliminação da dupla tributação económica relativamente aos rendimentos distribuídos por sociedades instaladas na ZFM.

⁹⁵ Nuno Oliveira Garcia e José Almeida Fernandes, COMENTÁRIO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO SUL DE 15 DE FEVEREIRO DE 2011 (PROCESSO Nº 04255/10).

Avançam ainda com a possibilidade de este caso corresponder a uma lacuna (intencional) do sistema tributário, afirmando que não deve ser a CGAA a forma adequada de proceder à integração dessa lacuna.

Relativamente à invocação do caso *Cadbury Schweppes*, os autores afirmam que a jurisprudência do TJUE tem sofrido desenvolvimentos, nomeadamente quanto à densificação do conceito de “expediente puramente artificial”: *“decorre hoje da própria jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia que o simples facto de uma sociedade ser caracterizada como uma «caixa de correio» (letterbox) pode ser insuficiente para um juízo negativo de carácter abusivo⁹⁶ porque uma análise de substância económica deve ser apropriada ao tipo de actividade das sociedades e evidentemente que determinadas actividades podem ser prosseguidas sem a necessidade meios humanos ou físicos relevantes (v.g., caso das sociedades gestoras de participações sociais), sendo igualmente irrelevante se uma sociedade realiza ou não determinadas transacções no quadro das suas transacções comerciais normais⁹⁷”*.

Em suma, concluem que: i) os quatro pressupostos da GCAA escolhidos pelo tribunal são satisfeitos quase exclusivamente pela constatação da existência de transacções com uma empresa residente na ZFM e da opção do contribuinte em recorrer a uma sociedade sujeita a esse regime fiscal; ii) não se pode assumir que se trata de uma situação abusiva apenas pelo facto de uma sociedade ser caracterizada como uma *letterbox* ou não realizar determinadas transacções no quadro das suas transacções comerciais normais; iii) a análise deve ter em conta o tipo de actividade da sociedade em causa.

A posição destes autores suscita-nos algumas reservas em face do facto de ter sido dado como provado que *“a única actividade registada contabilisticamente pela empresa “PSQ” consiste na aplicação das prestações suplementares que recebe da A., não possuindo quaisquer meios físicos para a prossecução do seu objecto social de prestação de serviços nas áreas contabilística e económica, da elaboração de estudos económicos e de análise, da consultoria nas referidas áreas, da gestão da carteira de títulos próprios, e da compra de imóveis para revenda, nem registando quaisquer custos com despesas de pessoal afecto à empresa”⁹⁸*.

⁹⁶ Cfr. Acórdão *Eurofood IFSC* (C-34/04), § 34 a 36.

⁹⁷ Cfr. Acórdão *Weald Leasing* (C-103/09): “a constatação da existência de uma prática abusiva não resulta da natureza das transacções comerciais normalmente efectuadas pelo autor das operações em causa, mas do objecto, da finalidade e dos efeitos dessas mesmas operações”, § 44).

⁹⁸ Ponto x) dos factos do Ac. em apreço.

É verdade, como refere NOGUEIRA, que o tipo de actividades económicas exercidos pelas SGPS não comporta “*fortes índices de presença física*”, não se devendo excluir à partida a existência de actividade económica efectiva. Essas devem ser aferidas por indicadores de genuinidade próprios desses ramos de actividade. Deve-se verificar em concreto “*quais os indicadores que permitem determinar se a actividade é realizada efectivamente no território – e se existe um rationale para que assim o seja*”⁹⁹, verificando-se caso a caso se existe um nexo entre a actividade em questão e o respectivo território.

Ora, neste caso, atendendo aos factos referidos *supra*, consideramos difícil concluir que existia de facto uma actividade efectiva a ser desenvolvida pela sociedade na ZFM. Com efeito, não havendo um nexo com o território em causa e dado que a participada apenas remetia as prestações suplementares para as restantes entidades do grupo, não procedendo a qualquer tipo de actividade para além de intermediar esta operação, parece-nos que, de facto, não existia actividade económica efectiva. Acresce que a actividade de concessão de crédito pressupõe a existência de pessoas para avaliar o risco do devedor, o que não sucedia neste caso, reforçando-se assim o entendimento do tribunal de que não existia de facto actividade económica efectiva.

Neste sentido, entendemos que o julgamento do tribunal não é, nesta matéria, merecedor de censura à luz dos princípios definidos pelo TJUE.

Com efeito, não havendo motivos económicos válidos na operação em causa e em face da ausência de uma estrutura física e humana capaz de realizar as operações que foram efectuados por intermédio da entidade na ZFM, encontra-se frustrado o objectivo da legislação que consagrou a isenção aplicável às sociedades que operavam na ZFM.

4.5.2.2 *Decisões arbitrais*

Também nos tribunais arbitrais começam a surgir decisões recentes nas quais se tem dado como provados os requisitos cumulativos de aplicação da CGAA¹⁰⁰, o que demonstra que a sua prova é possível e que os tribunais estão receptivos à sua aplicação. Contudo, muitas dessas decisões, apesar de confirmarem a aplicação da CGAA, resultaram desfavoráveis à AT por má aplicação das consequências da ineficácia, por errónea qualificação do sujeito passivo do imposto, ao ter sido exigida a liquidação ao substituto tributário, ao invés do substituído.

⁹⁹ NOGUEIRA, *in ob. cit.*, pp. 278-279.

¹⁰⁰ Decisões do CAAD de 27-11-2014, Proc. n.º 51/2014-T, voto de vencido de Jorge Lopes de Sousa e Decisão de 30-06-2016, Proc. n.º 476/2015-T; *vide* também Proc. n.º 258/2013-T, de 14/06/2013 e Proc. n.º 363/2016-T, de 24-12-2016.

Assim, no Ac. do Processo n.º 476/2015-T, o tribunal decidiu que, apesar de estarem reunidos os pressupostos de aplicação da CGAA, “*como a eliminação das vantagens fiscais é o objectivo imediato que a CGAA pretende atingir, o destinatário da sua aplicação, aquele em cujo património se irão produzir os efeitos da ineficácia, há-de ser quem efectivamente beneficiou daquelas vantagens*”, devendo recair sobre o efectivo beneficiário - o substituído tributário -, que é o verdadeiro destinatário da obrigação de pagar o imposto e não o substituto tributário.

Este processo versava sobre os pagamentos efectuados pela Requerente aos seus accionistas pela amortização da dívida gerada aquando da sua aquisição, no ano de 2008, das acções que os mesmos accionistas detinham na sociedade B. Entendeu a AT que os pagamentos efectuados por A, SGPS aos accionistas assumiam a natureza de dividendos e que, como tal, a Requerente deveria ter retido na fonte sobre os lucros colocados à disposição.

Atentemos agora no raciocínio do tribunal quanto à verificação dos pressupostos de aplicação da CGAA:

Quanto ao *elemento meio*, o tribunal considerou que a constituição de A (SGPS) e a aquisição de B, S.A. não tinham uma razão económica válida, dado que as operações comerciais que eram feitas pela B continuaram a sê-lo, não existindo qualquer intervenção da sociedade A (SGPS) no âmbito da sua gestão centralizada e especializada. No entendimento do tribunal, não houve qualquer intenção de reorganização/criação de sinergias, pois nenhuma outra empresa com movimento foi constituída, nem de centralização de serviços administrativos ou que prestasse serviços às participadas.

O tribunal afastou a existência de racionalidade económica na operação de interposição da SGPS entre os titulares reais do negócio e a unidade que gera rendimento, ressaltando o facto de a nova estrutura ter gerado apenas custos.

Assim, a conjugação dos negócios jurídicos (i) constituição da A SGPS (ii) venda à A, SGPS das participações sociais na B, S.A. a crédito; (iii) distribuição de lucros pela B, S.A. à A, SGPS; (iv) pagamento de parte do preço das participações aos titulares originários do capital da B, S.A., foi considerada como um meio para eliminar os impostos que seriam devidos se a estrutura jurídica da empresa se tivesse mantido. Se a B, S.A. tivesse distribuído lucros aos seus accionistas, estes haveriam de ser tributados em IRS, o que não se verificou com a estrutura adoptada.

No que concerne ao **elemento resultado**, considera o tribunal que os negócios em causa resultaram inequivocamente numa vantagem fiscal: “*se a B..., S.A. tivesse distribuído os dividendos que entregou a A..., SGPS, no valor de € 2.000.000,00 em 2009 e de €3.100.000,00, em 2010, aos seus accionistas, estes seriam tributados em IRS, nos termos do artigo 5º-2-h do CIRS à taxa liberatória de 20% em 2009 e de 21,5% em 2010 (artigo 71º-1-c do CIRS), o que resultaria num valor de imposto de, respectivamente, 400.000,00 e de 666.500,00. Através da estrutura criada, nenhuma tributação foi gerada pelo que se confirma aqui que houve efectiva vantagem fiscal que se cifrou em € 1.066.500,00*”.

Quanto ao **elemento intelectual**, refere o tribunal que não se vê razão que justifique a interposição da SGPS entre os titulares reais do negócio e a B, S.A., dado que a segunda é a única geradora de rendimento. Conclui-se que a conjugação dos negócios jurídicos identificados foi concebida, pelo menos de forma predominante, tendo como motivo a obtenção de vantagem fiscal.

Por último, no que respeita ao **elemento normativo**, conclui o tribunal que não há racionalidade económica na operação, tendo a constituição da SGPS visado unicamente obter uma vantagem fiscal, não querida pelo Direito, nos termos do art. 38.º, n.º 2 da LGT.

De facto, tendo em conta que a sociedade intermediária criada não prestou qualquer tipo serviço de gestão centralizada à sociedade B, apresentando apenas custos, concluímos que não há de facto actividade económica efectiva, nem racionalidade económica que justificasse a sua criação. Assim, conclui-se que a sua constituição teve como único propósito a motivação fiscal, impedindo a tributação em sede de IRS dos lucros distribuídos, frustrando-se os objectivos da legislação.

Parece-nos que, também quanto a esta decisão, o tribunal teve em conta o raciocínio do TJUE quanto à matéria de abuso, respeitando-se o DUE.

4.5.3. Considerações finais

O raciocínio dos tribunais portugueses segue a estrutura avançada por COURINHA, analisando os elementos meio, resultado, intelectual, normativo e sancionatório para aplicar a CGAA, a qual parece-nos estar de acordo com o entendimento do TJUE em matéria de abuso.

Para determinar se uma situação é abusiva, o julgador português atende a elementos objectivos para aferir da motivação do agente e da actividade económica efectiva. Além disso, é permitido ao contribuinte demonstrar a existência de motivos económicos válidos. Se se cumprir com essa interpretação, não vemos motivo para haver qualquer violação do DUE.

Nesse sentido, entendemos que a interpretação da CGAA que tem sido seguida cumpre com os requisitos de proporcionalidade exigidos pelo TJUE e vai de encontro ao objectivo da ATAD, de luta contra as práticas abusivas.

Em face do que antecede, apesar das dificuldades que a sua aplicação enfrenta tendo em conta o seu amplo âmbito, a CGAA portuguesa assegura de forma eficaz a segurança e certeza jurídica dos contribuintes.

Entendemos também que o facto de os tribunais começarem a decidir a favor da AT, demonstra que se começa a aceitar a aplicação desta norma em Portugal.

Nessa medida, como a CGAA em vigor no ordenamento português se aplica a todo o tipo de impostos, estando inserida na LGT e não no CIRC, e estando suportada por um procedimento administrativo especial que garante aos contribuintes protecção e segurança jurídica, não vemos a necessidade de a revogar.

Esta cumpre com os objectivos da Directiva de combate à elisão fiscal através de montagens abusivas, estando disponível para ser aplicada relativamente a qualquer imposto contido no ordenamento jurídico português.

Não obstante, entendemos que poderia ser benéfica a alteração da sua redacção, simplificando-a e tornando-a mais compatível com o DUE, dado que já é essa a interpretação que os tribunais têm seguido.

Não sendo essa a opção escolhida, e ocorrendo a transposição da CGAA da ATAD para o CIRC, entendemos que o combate ao abuso terá um duplo *standard*: a manutenção da CGAA existente na LGT, aplicável a todos os impostos, e a nova CGAA, aplicável à tributação das sociedades. Julgamos que a existência das duas normas será pacífica.

5. CONCLUSÃO

O objectivo a que nos propusemos no início deste trabalho foi o de aferir a compatibilidade da CGAA da ATAD à luz do que tem sido o entendimento do TJUE em matéria de abuso.

Para o efeito, começámos por analisar em que moldes se afere o abuso na UE e de que forma o TJUE tem permitido aos EM a configuração de normas anti-abuso. A este respeito, é de assinalar que o ponto principal para a determinação do abuso consiste na não coincidência entre os objectivos visados pelo sujeito passivo e os objectivos prosseguidos pela regulamentação em causa, seguindo-se na UE a fórmula de *Emsland-Starke*.

Assim, existirá abuso quando apesar do cumprimento formal da legislação, o objectivo da mesma não é prosseguido, obtendo-se uma vantagem através da criação artificial das condições para se estar na situação abrangida pelo Direito. Uma prática é considerada abusiva quando não existem “*motivos económicos válidos*”, ou seja, quando não existe actividade económica efectiva.

Resulta de jurisprudência estável e da doutrina que as CGAAs, como normas restritivas das liberdades que são, têm de ser proporcionais ao objectivo de luta contra as situações abusivas. Neste sentido, deve ser dado ao contribuinte a possibilidade de demonstrar os motivos económicos válidos por detrás das operações colocadas em causa. Essa comprovação não deve acarretar encargos administrativos excessivos. Sempre que possível, as CGAA devem ter em vista um grau de previsibilidade razoável, sob pena de violação do DUE, por não garantir a certeza jurídica.

De seguida, analisámos o âmbito da ATAD e das condições de aplicação da CGAA, para depois a compararmos com a CGAA em vigor no ordenamento jurídico português.

Relativamente à CGAA da ATAD, destacamos alguns problemas quanto à sua interpretação, nomeadamente, a inexistência de *guidelines*, o seu âmbito muito amplo, remissão para a lei interna de cada Estado, podendo não cumprir com critérios de proporcionalidade.

De facto, acreditamos que existe o risco de diferente implementação por cada um dos EM, podendo haver 28 versões diferentes de CGAA. Não havendo um mecanismo de reconhecimento mútuo ou de ajustamento, poderá haver lugar a situações de dupla tributação. Entendemos que o objectivo de assegurar a coesão das regras dentro do mercado único poderá não ser devidamente salvaguardado.

Contudo, a CGAA da ATAD será compatível com o DUE se aquando da sua aplicação forem tidos em consideração:

1) elementos objectivos que concluam pela existência de uma motivação fiscal que se sobreponha às restantes não fiscais;

2) que o teste (in)existência de uma actividade económica efectiva, atenda ao objecto social da entidade em causa e a critérios próprios do ramo de actividade, como é o caso das SGPS, e a circunstâncias objectivas avançadas pelo TJUE;

3) para se verificar a existência de actividade económica, poderão ter-se em conta a suficiência do número de empregados locais, a existência de uma conta bancária local com actividade efectiva, a existência de registos de gastos proporcionais à actividade alegada, a coincidência entre o local da actividade e a residência dos administradores, entre outros;

4) seja dada a possibilidade ao contribuinte de demonstrar as razões económicas válidas por detrás da montagem alegadamente abusiva e que essa justificação não implique esforços administrativos excessivos.

Por último, debruçámo-nos sobre a CGAA portuguesa. Atendendo aos seus pressupostos de aplicação e ao raciocínio utilizado pelos tribunais, confirmamos que começam a surgir algumas decisões favoráveis à AT, por estarem reunidos os pressupostos cumulativos de que depende a aplicação da CGAA.

Entendemos que o julgador português tem em conta a teoria do abuso seguida pelo TJUE, tendo em conta elementos objectivos para aferir da motivação do contribuinte e da existência ou não de actividade económica efectiva. Assim, parece-nos que a interpretação que tem sido feita é coerente com o objectivo da ATAD de assegurar uma protecção das bases tributáveis e de luta contra situações abusivas.

Ainda assim, julgamos que esta seria uma boa oportunidade para simplificar a CGAA portuguesa, tornando-a mais conforme com o entendimento do TJUE, alterando a sua redacção.

Não obstante, caso isso não suceda, parece-nos que a coexistência de duas normas será possível: a CGAA da ATAD aplicar-se-á à tributação das sociedades e a CGAA portuguesa permanecerá na LGT, disponível para ser aplicada aos restantes impostos.

6. BIBLIOGRAFIA

CANDEIAS, MÓNICA PINTO, *As Cláusulas Anti-Abuso no Contexto Europeu – Breve Análise da Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, Relatório de Mestrado sob a orientação do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, FDUL, 2006

COURINHA, GUSTAVO LOPES, *A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário*, Almedina, 2009

DEBELVA, FILIP E LUTS, JORIS, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, nº6, *European Taxation*, 55 (2015), pp. 223-234

FREEDMAN, JUDITH, *Defining Taxpayer Responsibility: In support of a General Anti-Avoidance Principle*, 4, *British Tax Review*, 2004, p. 332-357

FREEDMAN, JUDITH, *Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance*, 20, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2014, p. 167-173

FREITAS PEREIRA, MANUEL HENRIQUE, *Fiscalidade*, Almedina, 2014, p. 414-448.

GARCIA, NUNO OLIVEIRA E JOSÉ ALMEIDA FERNANDES, *Cláusula Geral anti-abuso — Opus I (Comentário ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 15 de Fevereiro de 2011 - Processo n.º 04255/10)*, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal - Ano IV - Número 2 – Verão*, Almedina, 2011

GREGGI, MARCO, *And Yet It Moves. The Proposed EU Council Directive against Tax Avoidance Practices and its Possible Impact*, publicado em Abril de 2016, consultado a 20 de Outubro de 2016, disponível em

http://www.academia.edu/25316235/And_Yet_It_Moves_The_Proposed_EU_Council_Directive_against_Tax_Avoidance_Practices_and_its_Possible_Impact

GUTMANN, DANIEL, *et. al.*, *The Impact of the ATAD on Domestic Systems: A Comparative Survey*, *European Taxation*, 2017, p. 2-20.

HILLING, MARIA, *Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance*, 41, Intertax, n.º 5, 2013, p. 294-307

KORIAK, OLEKSANDR, *The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law?*, European Taxation, 2016, pp. 552-559

LANG, MICHAEL *ET AL*, *GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*, IBFD, 2016, capítulo 25: Portugal, Gustavo Lopes Courinha, pp. 515-531

LECLERCQ, LAURENT, *Interacting principles: The french abuse of law concept and EU notion of abusive practices*, Bulletin for International Taxation, 2007, p. 235

LYONS, TIMOTHY, *The financial crisis, tax avoidance and an EU GAAR*, British Tax Review – London, n.º 2, 2013, p. 111-117

MERKS, PAULUS, *Tax evasion, Tax avoidance and Tax planning*, Intertax, vol.34, n.º 5, 2006, p. 272

NOGUEIRA, JOÃO FÉLIX PINTO, *Abuso de Direito em Fiscalidade Directa – A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário*, Revista da FDUP, Coimbra Editora, 2009, p. 233-299

QUADROS, FAUSTO DE, *Direito da União Europeia*, Almedina, 2013, pp. 251-252

RIGAUT, ALOYS, *Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons*, European Taxation, 2016, p. 497-505

RUIZ ALMENDRAL, V., *Tax avoidance and the European Court of Justice: What is at stake for European general anti-avoidance rules?*, 33, Intertax, n.º 12, 2005, p. 562-583

SALDANHA SANCHES, JOSÉ LUÍS, *Abuso de Direito em Matéria Fiscal: Natureza, Alcance e Limites*, Ciência Técnica e Fiscal n.º 398, 2000, p. 13-44

WEBER, DENNIS, *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of ECJ – Part 1*, European Taxation, 2013, p. 251-264

WEBER, DENNIS, *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of ECJ – Part 2*, European Taxation (2013), p. 313-328

7. JURISPRUDÊNCIA

- DA UNIÃO EUROPEIA

TJUE, 3 de Dezembro de 1974, Processo C-33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*

TJUE, 4 de Outubro de 1991, *Comissão das Comunidades Europeias v. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte*

TJUE, 14 de Fevereiro de 1995, Processo C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker*

TJUE, 17 de Julho de 1997, Processo C-28/95, *A. Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*

TJUE, 16 de Julho de 1998, Processo C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*

TJUE, 9 de Março de 1999, Processo C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*

TJUE, 14 de Dezembro de 2000, Processo C-110/99, *Emsland-Starke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*

TJUE, 16 de Junho 2005, Processo C-456/03, *Comissão das Comunidades Europeias v. República Italiana*

TJUE, 21 de Fevereiro de 2006, Processo C-255/02, *Halifax plc and Others v. Commissioners of Customs and Excise*

TJUE, 6 de Abril de 2006, Processo C-456/04, *Agip Petroli SpA v. Capitaneria di porto di Siracusa*

TJUE, 2 de Maio de 2006, Processo C-341/04, *Eurofood IFSC*

TJUE, 12 de Setembro de 2006, Processo C-196/04, *Cadbury Schweppes plc v. Commissioners of Inland Revenue*

TJUE, 13 de Março de 2007, Processo C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*

TJUE, 5 de Julho de 2007, Processo C-321/05, *Hans Markus Kofoed v. Skatteministeriet*

TJUE, 18 de Junho de 2009, Processo C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*

TJUE, 22 de Dezembro de 2010, Processo C-103/09, *Weald Leasing Ltd. v. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs*

TJUE, 5 de Julho de 2012, Processo C-318/10, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) v. État belge*

Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Conseil d'État (França) em 6 de Janeiro de 2016, Processo pendente C-6/16, *Holcim France and Société Enka*

- PORTUGUESA

TCA Sul, de 15 de Fevereiro de 2011, Processo 4255/10, relator José Correia

CAAD, 14 de Junho de 2013, Processo n.º 258/2013-T, Árbitro Presidente José Poças Falcão

CAAD, 18 de Outubro de 2013, Processo n.º 46/2013-T, Árbitro singular Augusto Vieira

CAAD, 4 Novembro de 2013, Processo n.º 70/2013-T, Árbitro Presidente Conselheiro Jorge Lino Ribeiro Alves de Sousa

CAAD, 26 de Novembro de 2014, Processo n.º 43/2013-T, Árbitro singular Maria Manuela Roseiro

CAAD, 27 de Novembro de 2014, Processo n.º 51/2014-T, Árbitro Presidente Jorge Lopes de Sousa

CAAD, 30 de Junho de 2016, Processo n.º 476/2015-T, Árbitro Presidente José Baeta de Queiroz

CAAD, 14 de Dezembro de 2016, Processo n.º 363/2016-T, Árbitro Presidente Conselheiro Jorge Lopes de Sousa

8. CONCLUSÕES DE ADVOGADOS-GERAIS

Conclusões do Advogado Geral Poiares Maduro, 7 de Abril de 2005, Processo C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments LTD contra Commissioners of Customs of Excise*

Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott, 15 de Fevereiro de 2007, Processo C-178/05, *Comissão das Comunidades Europeias v. República Helénica*

9. DOCUMENTOS OFICIAIS

Directiva Fusões e Cisões (1990): Directiva 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-membros diferentes;

Directiva Sociedades Mães-Afiliadas (1990): Directiva 90/435/CEE do Conselho, de 23 de Julho de 1990, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de Estados- membros diferentes;

Directiva Juros e Royalties (2003): Directiva 2003/49/CE, do Conselho, de 3 de Junho de 2003, relativa a um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas de Estados-membros diferentes;

Directiva Fusões e Cisões (2009): Directiva 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de activos e permutas de acções entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro;

Directiva 2010/24 relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas;

Directiva 2011/16, relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, a qual já sofreu três revisões desde 2014.

Directiva Sociedades Mães-Afiliadas (2011): Directiva 2011/96/UE do Conselho, de 30 de Novembro de 2011, relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades-afiliadas de Estados-Membros diferentes;

Recomendação (2012): Recomendação da Comissão de 6.12.2012, relativa ao planeamento fiscal agressivo;

Directiva Sociedades Mães-Afiliadas (2014): Directiva 2014/86/UE do Conselho, de 8 de Julho de 2014, que altera a Directiva 2011/96/UE, relativa ao regime fiscal comum aplicável às Sociedades Mães e às Sociedades Afiliadas de Estados-Membros diferentes;

Directiva Sociedades Mães-Afiliadas (2015): Directiva 2015/121/UE de 27 de Janeiro de 2015 que altera a Directiva 2011/96/UE relativa ao regime fiscal comum aplicável às sociedades-mães e sociedades afiliadas de EM diferentes;

Proposta do Conselho (2015): Proposta de Directiva do Conselho de 9 de Julho de 2015, relativa ao regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e royalties efectuados entre sociedades associadas em EM diferentes;

Proposta de Directiva do Conselho (2016): Proposta de Directiva do Conselho 2016/0011 (CNS) que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afectam directamente o funcionamento do mercado interno;

Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on a Common Corporate Tax Base, Strasbourg, 25-10-2016, COM(2016) 685 final, 2016/0337 (CNS);

Proposta de Directiva do Conselho que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que afectam directamente o funcionamento do mercado interno, Bruxelas, 28.1.2016, COM(2016) 26 final, 2016/0011 (CNS);

Directiva (UE) 2016/1164 do Conselho de 12 de Julho de 2016 que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência directa no funcionamento do mercado interno;

Recomendação da Comissão de 6.12.2012 relativa ao planeamento fiscal agressivo Bruxelas, 6.12.2012, C(2012) 8806 final;

Conclusões do Conselho Europeu de 18 de Dezembro de 2014, EUCO 237/14.